

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Droit d'auteur et oeuvres générées par machine

Cruquenaire, Alexandre; Delforge, Antoine; Hubin, Jean-Benoît; Knockaert, Manon; Michaux, Benoît; Tombal, Thomas

Published in:
Intelligence artificielle et droit

Publication date:
2017

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Cruquenaire, A, Delforge, A, Hubin, J-B, Knockaert, M, Michaux, B & Tombal, T 2017, Droit d'auteur et oeuvres générées par machine. Dans *Intelligence artificielle et droit*. Collection du CRIDS, Numéro 41, Larcier , Bruxelles, p. 189-240.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

TITRE 3

Droit d'auteur et œuvres générées par machine

Alexandre CRUQUENAIRE*, Antoine DELFORGE**, Jean-Benoît HUBIN***,
Manon KNOCKAERT****, Benoît MICHAUX*****, Thomas TOMBAL*****

Introduction

1. La présente contribution s'attache au sort qui pourrait être réservé aux œuvres générées par des machines au regard de la législation sur le droit d'auteur.

Pour désigner ce type de création, il est régulièrement recouru à une terminologie variable qui se réfère, selon les cas, aux machines¹, aux ordinateurs, aux robots ou à l'intelligence artificielle. La terminologie n'est cependant pas décisive dans le contexte des propos qui suivent, car en définitive, ce qui importe c'est qu'il s'agit dans tous les cas d'œuvres qui sont produites par des outils développés par l'homme, et non par l'homme directement.

Plusieurs questions essentielles se posent à cet égard. Tout d'abord, il y a la question centrale de savoir si des œuvres de ce type sont éligibles à la protection par le droit d'auteur. Dans la foulée immédiate et en rapport direct avec cette question se pose la question de savoir qui doit être considéré comme l'auteur – ou le titulaire du droit d'auteur – sur ces œuvres. Bien entendu, à partir de là, de multiples réflexions connexes risquent de s'enchaîner rapidement, notamment sur le plan du contenu des droits, de leur gestion et de leur durée.

2. La première question soulevée n'est pas totalement inédite. Ou plutôt, il serait plus exact de dire qu'elle se greffe sur certaines interrogations

* Chargé d'enseignement à l'UNamur (CRIDS), chargé de cours invité UCL, avocat au barreau de Namur.

** Chercheur à l'UNamur (CRIDS).

*** Assistant à l'UNamur (CRIDS), avocat au barreau de Namur.

**** Chercheuse à l'UNamur (CRIDS).

***** Chargé de cours à l'UNamur (CRIDS), avocat au barreau de Bruxelles.

***** Chercheur à l'UNamur (CRIDS).

¹ Pour les raisons indiquées ci-après le terme « machine » doit être entendu au sens large.

et réflexions qui ont accompagné l'émergence de l'informatique dans un passé qui paraît déjà lointain². À l'époque, cependant, l'ordinateur restait encore largement cantonné à un rôle d'assistant dans le processus créatif. Aujourd'hui, en revanche, il s'est émancipé sur le plan technologique au point de faire preuve d'autonomie dans la production d'œuvres en tous genres. Les exemples se multiplient où les robots démontrent leur capacité à réaliser « par eux-mêmes » des articles de journaux, des scénarii de films, des musiques ou des photographies.

Dans ce nouveau contexte, la question de l'éligibilité de ces œuvres à la protection par le droit d'auteur se pose d'une manière bien plus radicale. En outre, il s'agit désormais de traiter frontalement la question de savoir si les machines elles-mêmes sont susceptibles d'être considérées comme des auteurs et des titulaires de droits d'auteur, ou si elles suscitent un droit d'auteur au bénéfice de certains intervenants humains. Dans cette dernière hypothèse, il conviendra d'identifier le ou les individus concernés, parmi l'ensemble des intervenants, en particulier, les concepteurs, les programmeurs et les utilisateurs.

3. La présente contribution n'a pas pour ambition de résoudre toutes les questions qui précèdent. Son objectif est de tracer des pistes de réflexion critique et d'apporter des éclairages qui pourraient être utiles.

Pour ce faire, elle examine successivement l'état du droit communautaire (chapitre 1), l'apport du droit comparé (chapitre 2) les questions soulevées par le droit international privé (chapitre 3), la piste de la protection *sui generis* accordée aux fabricants de bases de données (chapitre 4), et les mécanismes contractuels de protection ou de réservation (chapitre 5).

CHAPITRE 1. Le droit communautaire

SECTION 1. – Les projets en droit communautaire

4. Dans une résolution adoptée en février 2017, le Parlement européen a formulé, dans le cadre d'une réflexion plus globale menée au sujet des

² Voy. les contributions rédigées au début des années 1990, not. : T. DREIER, « Creation and Investment : Artistic and Legal Implications of Computer Generated Works », *International Computer Law Adviser*, 1990-1991, 11-23 ; M. DE COCK BUNING, « Computer generated works, een test voor de grondslagen van het auteursrecht », *Computerrecht*, 1993, 10-16.

règles de droit civil sur la robotique, la recommandation suivante à propos des aspects relatifs à la propriété intellectuelle :

« [Le Parlement] relève qu'il n'existe aucune disposition juridique qui s'applique spécifiquement à la robotique, mais que les régimes et doctrines juridiques existants peuvent s'appliquer en l'état à ce domaine, certain aspects nécessitant néanmoins un examen spécifique ; demande à la Commission de soutenir une approche transversale et technologiquement neutre de la propriété intellectuelle³, qui s'applique aux différents secteurs concernés par l'application de la robotique »⁴.

Ce texte est elliptique et même relativement énigmatique. Toutefois, l'exposé des motifs apporte un éclairage particulier, en ajoutant les précisions suivantes :

« La présente résolution demande à la Commission d'adopter une approche équilibrée en matière de droits de propriété intellectuelle appliqués aux normes relatives au matériel et aux logiciels, et de proposer des codes qui protègent l'innovation tout en l'encourageant. En outre, la définition de critères de "création intellectuelle propre" applicables aux œuvres protégeables par droit d'auteur créées par des ordinateurs ou des robots est exigée⁵ »⁶.

Les termes ainsi employés dans l'exposé des motifs révèlent un volontarisme qui laisse perplexe. Manifestement, le Parlement considère comme acquis que les œuvres créées par ordinateurs ou robots ont vocation à être protégées par le droit d'auteur. Dans cette perspective, il exige que la Commission définisse des critères applicables à ce type d'œuvres. Une lecture rapide – mais seule une lecture rapide – pourrait donner l'impression que le Parlement se conforme à la notion clé qui déclenche la protection selon la C.J.U.E.. Cependant, une lecture plus attentive montre qu'il l'utilise sous une forme tronquée. L'exposé des motifs réduit en effet la notion à « une création intellectuelle propre », là où la législation et la jurisprudence communautaire⁷ se réfèrent à « une création intellectuelle propre à son auteur »⁸. En outre, le Parlement semble exiger de la Commission que celle-ci définisse des critères particuliers applicables à ce type d'œuvres.

³ Non souligné dans le texte.

⁴ Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique, 2015/2103(INL), p. 10, n° 18.

⁵ Non souligné.

⁶ Parlement européen, 27 janvier 2017, « Rapport contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique », 2015/2103(INL), p. 32.

⁷ Cf. *infra*. Voy., not., C.J.U.E., 16 juillet 2009, *Infopaq*, C-5/08, pt 35.

⁸ Nous soulignons.

La résolution du Parlement paraît donc, *a priori*, traduire un souhait d'élaborer un droit d'auteur *sui generis* spécifiquement adapté à des créations robotiques.

5. Pour apprécier de manière critique la tournure des événements, il est indispensable de se pencher sur l'état actuel du droit communautaire. La jurisprudence de la C.J.U.E. occupe une place prépondérante à cet égard (sous-section 3, ci-après).

Mais auparavant, il est nécessaire de jeter un regard sur les fondements de la matière et les objectifs poursuivis par la protection du droit d'auteur (sous-section 2, ci-après), car ceux-ci sont susceptibles d'exercer un impact décisif sur les réponses aux questions posées à propos des œuvres générées par des machines.

SECTION 2. – Droit communautaire et fondements du droit d'auteur

6. Il est unanimement reconnu que le droit d'auteur revêt à la fois des aspects économiques et des aspects liés à la personnalité. Certes, dans la sphère du droit communautaire, ce sont le plus souvent sinon quasi-exclusivement les aspects économiques qui sont mis en vedette. Mais cela n'empêche que la dimension personnelle est incontestablement présente au niveau international⁹ et qu'elle imprègne profondément les traditions nationales.

Dans certains pays, comme l'Allemagne, où prévaut un système « moniste », les deux facettes (économique et personnaliste) sont d'ailleurs indissociables, au point qu'à certains égards, le droit d'auteur s'est longtemps montré rétif à la qualification de « propriété » – du moins dans la mesure où celle-ci était trop réductrice¹⁰.

7. En droit communautaire, ce sont indubitablement les aspects économiques qui sont prépondérants. Le droit d'auteur figure dans la Charte des droits fondamentaux parmi les droits attachés à la propriété¹¹. Il est régulièrement conforté dans ce statut de droit fondamental par la Cour de justice¹².

⁹ Voy. à cet égard, la consécration du droit moral de l'auteur à l'article 6bis de la Convention de Berne sur la propriété littéraire et artistique.

¹⁰ T. DREIER, « How much property is there in intellectual property ? », *Concepts of Property in Intellectual Property Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, spéc. pp. 117-118.

¹¹ Art. 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹² Voy., not., C.J.U.E., 29 janvier 2008, *Promusicae*, C-275/08, pt 62, et les arrêts subséquents.

Par contraste, le droit communautaire omet soigneusement de traiter certains aspects essentiels liés à la facette personnaliste du droit d'auteur, tels que les droits moraux¹³.

De surcroît, lorsqu'il s'agit de légitimer la protection par le droit d'auteur, le législateur privilégie uniquement les aspects économiques¹⁴. Le droit d'auteur est avant tout conçu comme la récompense d'un travail créatif¹⁵, conformément à une vision souvent attribuée à la pensée de John Locke.

8. Cela étant, de nombreux indices révèlent que le droit d'auteur est aussi fortement attaché à la personne de l'auteur. Quelques exemples peuvent l'illustrer dont les plus éloquents sont tirés des droits nationaux de l'Europe continentale.

Ainsi, en droit belge, l'auteur dispose de plusieurs droits moraux que le législateur a veillé à préciser, dont l'expérience démontre qu'ils bénéficient d'une protection effective sur le terrain judiciaire. Or, les droits de cette nature sont intimement attachés à la personne de l'auteur. Surtout, la législation belge dispose expressément que le titulaire originaire du droit d'auteur est la personne physique qui a créé l'œuvre¹⁶.

De manière générale, il est classiquement considéré dans les droits nationaux de l'Union que le droit d'auteur est réservé au fruit d'une activité humaine¹⁷.

9. Même le droit communautaire, malgré son engagement particulier pour la composante économique, manifeste une ouverture croissante en faveur de la composante personnaliste.

Ainsi, la C.J.U.E. a reconnu que l'auteur dispose d'intérêts de nature morale qui lui permettent de s'opposer à certaines utilisations de son œuvre¹⁸.

Surtout, pour définir la notion d'originalité – condition indispensable à la protection par le droit d'auteur – le droit communautaire a retenu

¹³ Ce qui a d'ailleurs été critiqué. Voy. M.-C. JANSSENS, « Les droits moraux », in *20 ans de nouveau droit d'auteur* (J. CABAY et al.), Anthemis, Limal, 2015, spéc. pp. 151-161.

¹⁴ Les considérants 4 et 9 de la Directive 2001/29 se réfèrent à la promotion des investissements dans les activités créatrices et novatrices.

¹⁵ Voy. à cet égard le consid. 10 de la Directive 2001/29.

¹⁶ Art. XI.170 CDE.

¹⁷ M. DE COCK BUNING, « Computer generated works, een test voor de grondslagen van het auteursrecht », *Computerrecht*, 1993, 10-16, 12.

¹⁸ C.J.U.E., 3 septembre 2014, *Deckmyn c. Vandersteen*, C-201/13, pt 31, à propos de la parodie alléguée d'une bande dessinée, qui véhiculait un message discriminatoire.

la définition de¹⁹ « création intellectuelle propre à son auteur²⁰ ». La C.J.U.E., a même été jusqu'à faire référence à « (la) touche personnelle » de l'auteur²¹.

10. Au regard de ce qui précède, il est permis de se demander si réellement, ainsi que semble le prétendre le Parlement européen²², les œuvres générées par des robots ont une vocation naturelle à être protégées par le droit d'auteur. Le déficit personnaliste qui caractérise les robots ne les y prédispose en tout cas pas, au contraire.

SECTION 3. – Réflexions critiques autour de la jurisprudence de la C.J.U.E.

11. Pour apprécier si les œuvres générées par des robots sont éligibles à la protection par le droit d'auteur, il faut vérifier en premier lieu si elles remplissent la condition essentielle liée à l'originalité. Or, depuis l'arrêt *Infopaq*²³, il est clair qu'il s'agit là d'une notion communautaire qui ne peut être interprétée et appliquée que d'une manière conforme à la jurisprudence de la C.J.U.E.. L'exercice consiste donc à s'assurer que ce type d'œuvres est capable de passer avec succès les tests mis en place par cette Cour.

12. Au départ, l'originalité est définie de manière théorique par la C.J.U.E.. Selon la formule consacrée, l'œuvre est originale si elle constitue « une création intellectuelle propre à son auteur »²⁴. Encore fallait-il préciser ce que la formule recouvrait. Dans l'arrêt *Painer*, la C.J.U.E. apporte des précisions à cet égard. La Cour y relève que l'œuvre pourra être considérée comme originale si elle est caractérisée par « des choix libres et créatifs »²⁵.

13. Au regard du critère qui précède, les œuvres générées par des robots ne sont pas dépourvues de toute chance d'accéder à la protection, du moins *a priori*. Les articles de presse, scénarii de films et autres musiques,

¹⁹ Cf. aussi *infra*.

²⁰ Nous soulignons.

²¹ C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, *Painer*, C-145/10, nos 88-92.

²² Cf. *supra*, la Résolution du 16 février 2017.

²³ C.J.U.E., 16 juillet 2009, *Infopaq*, C-5/08.

²⁴ C'est l'arrêt *Infopaq* qui pour la première fois établit la concordance entre la notion d'originalité et la formule ainsi utilisée ; C.J.U.E., *Infopaq*, C-5/08, précité.

²⁵ C.J.U.E., *Painer*, C-145/10, précité, pt 89.

quand bien même sont-ils produits de manière automatisée, peuvent en effet révéler des choix qui s'apparentent à des choix libres et créatifs.

Pour prendre l'exemple d'un article de presse généré par un agent intelligent, il y a une forte probabilité que cet article comporte des phrases caractérisées par des choix de certains mots, ainsi que des combinaisons et des dispositions particulières de ces mots, sans que ces choix ne soient dictés par des contraintes objectives. Il n'y a donc pas de raison de dénier une originalité à un tel article, dès lors qu'il rencontre précisément les critères indiqués par la C.J.U.E. dans l'arrêt *Infopaq*²⁶.

14. Cependant, le test ne s'arrête pas là. Dans l'affaire *Painer*, la C.J.U.E. a en effet encore affiné son interprétation de la notion d'originalité. Il faut, a-t-elle dit, que l'œuvre « reflète la personnalité » de l'auteur²⁷ et qu'« à travers (ses) différents choix », l'auteur imprime « sa touche personnelle » à l'œuvre²⁸.

Autrement dit, la C.J.U.E. a résolument opté pour une approche personnaliste de l'originalité.

15. De prime abord, l'approche personnaliste dans *Painer* n'est guère favorable aux œuvres générées par les robots, et même, elle peut être fatale.

Certes, cette approche n'est pas à l'abri de toute tentative de relativisation. Ainsi, il pourrait être soutenu que la solution de la C.J.U.E. est propre au domaine de la photographie. Dans cette perspective, les termes « personnalité » et « touche personnelle » serviraient à distinguer ce que fait l'appareil de ce que fait son utilisateur, sans pour autant exiger que l'utilisateur soit une personne. Mais une telle relativisation est peu conforme à la manière dont la C.J.U.E. s'exprime dans cette affaire, et surtout à sa volonté de traiter toutes les œuvres sur un pied d'égalité²⁹.

De surcroît, la vision personnaliste de la C.J.U.E. ne fait que confirmer une longue tradition en cours dans les États membres qui veut que le droit d'auteur suppose une certaine activité créative d'origine humaine³⁰.

16. Par ailleurs, il pourrait être défendu que l'œuvre produite par un robot reflète, à tout le moins de manière indirecte, la personnalité d'un

²⁶ C.J.U.E., 16 juillet 2009, *Infopaq*, C-5/08, nos 39 à 45.

²⁷ C.J.U.E., *Painer*, C-145/10, précité, pt 188.

²⁸ C.J.U.E., *Painer*, C-145/10, précité, pt 192.

²⁹ Voy. à cet égard, C.J.U.E., *Infopaq*, C-5/08, précité et *Painer*, C-145/10, précité.

³⁰ T. DREIER, « Creation and Investment : Artistic and Legal Implications of Computer Generated Works », *op. cit.*, 11-23, spec. 16 et références.

intervenant humain. Celui-ci pourrait, par exemple, être le concepteur du logiciel qui a contribué aux choix effectués par le robot.

À cet égard, il n'est pas totalement déraisonnable d'argumenter que le concepteur du logiciel a participé aux choix, ne fût-ce qu'en déterminant les paramètres généraux qui ont permis au robot d'effectuer « ses » choix. S'il est avéré que par ses choix le concepteur du logiciel a pesé sur l'expression du résultat, le bénéfice du droit d'auteur devrait être admis³¹.

Il est exact qu'au moment où le concepteur détermine ces paramètres, il n'a pas encore une vue préétablie sur l'œuvre dans sa forme finale³², mais cela n'empêche qu'il concourt à déterminer cette forme.

17. En tout état de cause, même si la C.J.U.E. exige que les choix libres et créatifs expriment une personnalité, elle ne réclame pas pour autant que ces choix soient conscients. Le fait que le robot est dépourvu de conscience n'est donc pas un obstacle. N'est pas davantage une barrière la circonstance que le concepteur n'aurait pas eu conscience, au moment où il a élaboré les paramètres permettant les choix libres et créatifs, du résultat final³³.

Malgré des voix dissonantes³⁴, il semble majoritairement admis qu'une œuvre est protégeable, même lorsque son élaboration en tant qu'œuvre n'a pas fait l'objet d'une prise de conscience³⁵. Du reste, s'il fallait apprécier de manière critique le critère de la conscience dans un contexte plus général, la conclusion serait sans doute qu'il ne serait guère justifiable de refuser une protection aux œuvres qui ont été réalisées par des personnes privées de certaines ressources mentales, que ce soit en raison de leur âge, d'un handicap, d'une maladie, d'un accident, d'un état d'hypnose ou de l'absorption de substances, ou pour tout autre motif.

18. Dans le droit fil de ce qui précède, il serait également injustifié de refuser la protection à une œuvre – et en particulier une œuvre générée par machine – pour le seul motif que le hasard serait intervenu lors de sa réalisation.

³¹ En ce sens, T. DREIER, « Creation and Investment : Artistic and Legal Implications of Computer Generated Works », *op. cit.*

³² Il n'est pas requis que l'auteur ait dès le départ une vision préétablie de son œuvre ; en ce sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Paris, Litec, 2012, p. 73.

³³ Voy. cependant *infra*, à propos du droit du Royaume-Uni.

³⁴ A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 72.

³⁵ En jurisprudence, voy. la décision de la cour suprême néerlandaise, Hoge Raad, 30 mai 2008, *Zonen Endstra v. Nieuw Amsterdam*, notamment citée par J. LARRIEU, « Chapitre 9. La propriété intellectuelle et les robots », *Journal International de Bioéthique*, 2013/4, vol. 24, p. 130.

Il est vrai que la protection ne s'applique pas à ce qui est purement le fruit du hasard. Il faut en effet une contribution créative³⁶. Mais cela ne signifie pas pour autant que l'intervention du hasard exclut d'office la protection par le droit d'auteur. Au demeurant, il est courant que des œuvres, en particulier lorsqu'elles sont liées à un logiciel ou une intelligence artificielle³⁷, soient le résultat combiné du hasard et d'un processus créatif³⁸. Ce caractère hybride ne les prive pas de protection. La solution est d'autant plus logique que l'œuvre ne doit pas être élaborée en pleine conscience.

19. En définitive, il ne semble donc pas que la jurisprudence de la C.J.U.E. conduise *nécessairement* à rejeter les œuvres générées par une machine hors du domaine d'application du droit d'auteur.

Il n'en reste pas moins que dans la foulée de la décision *Painer*, la place accordée aux critères attachés à la personnalité de l'auteur est de nature à susciter des discussions nourries.

Faut-il pour autant, comme semble le suggérer le Parlement européen³⁹, envisager une adaptation des critères de la C.J.U.E., via une législation spécifique, pour mieux accueillir les créations robotiques ?

La pente semble glissante et une réponse négative paraît la mieux inspirée. La voie proposée risquerait de pencher vers une objectivation de la notion d'originalité. La C.J.U.E. avait précisément réussi à éviter un scénario où l'originalité serait tantôt objective, et tantôt subjective, selon la nature des œuvres – scénario qui a pourtant recueilli les faveurs de certains commentateurs⁴⁰. À cet égard, l'arrêt *Infopaq* peut être considéré comme fondateur, car il a intégré une définition de l'originalité commune à toutes les œuvres.

20. Certes, les créations robotiques posent un problème particulier lorsqu'elles ne reflètent aucune personnalité (même dans le chef du programmeur), mais il ne faudrait pas pour autant dénaturer la condition d'originalité afin de leur garantir un droit d'auteur à leur portée.

³⁶ Voy. à ce propos, A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 72.

³⁷ Voy. à ce propos, T. DREIER, « Creation and Investment : Artistic and Legal Implications of Computer Generated Works », *op. cit.*, 15.

³⁸ Voy. aussi M. DE COCK BUNING, « Computer generated works, een test voor de grondslagen van het auteursrecht », *op. cit.*, 10-16, 12.

³⁹ Cf. *supra*, n° 4, à propos de la Résolution du Parlement du 16 février 2017. Celui-ci justifie sa position au nom d'une approche technologiquement neutre de la propriété intellectuelle.

⁴⁰ Voy., not., A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, pp. 120 et s.

D'autres voies sont en effet plus opportunes pour répondre à ces situations. Elles passent par la consécration d'un droit voisin destiné à la protection d'un investissement⁴¹. Le droit *sui generis* accordé aux producteurs de bases de données⁴² pourrait servir de modèle à cet égard.

21. Une autre préoccupation surgit ici. Quelle que soit l'option qui serait choisie pour protéger les œuvres robotiques « non personnelles », c'est-à-dire que l'on préconise un droit d'auteur spécifique ou un nouveau droit voisin *sui generis*, dans les deux cas l'on instaurerait une discrimination entre ces œuvres-là et les autres. Il faudrait donc distinguer les œuvres selon qu'elles sont le fruit d'une activité humaine ou le résultat d'une production par l'intelligence artificielle. Or, dans la réalité, une telle distinction peut se révéler extrêmement hasardeuse⁴³.

De manière générale, le système du droit d'auteur s'accommode mal d'un cadre qui exigerait d'identifier les conditions dans lesquelles une œuvre a été réalisée. Dans la pratique, l'accès à la protection par le droit d'auteur est apprécié en fonction de l'œuvre comme telle (de son originalité) et non des circonstances dans lesquelles celle-ci a été élaborée⁴⁴. Par ailleurs, ces circonstances ne sont pas toujours connues ni ne doivent être révélées. Ainsi, l'éditeur d'une œuvre anonyme n'est pas tenu de justifier le processus de réalisation de l'œuvre pour pouvoir invoquer le bénéfice de la protection par le droit d'auteur.

À dire vrai, le candidat à la protection par le droit d'auteur d'une œuvre générée par machine aura intérêt à ne pas dévoiler les conditions de la création, pour éviter précisément les discussions délicates liées à l'approche personnaliste de l'originalité. Moins il en dit sur la machine, plus facile sera l'admission de l'œuvre dans le champ de protection.

En somme, les discussions théoriques qui précèdent pourraient céder en pratique devant des réalités opaques dès lors que celles-ci sont indéniablement favorables à l'application du droit d'auteur.

22. La question de savoir qui doit être considéré comme titulaire du droit d'auteur sur les œuvres générées par machine sera traitée ci-après, sous différents angles, dans les sections consacrées au droit comparé (Chapitre 2), et aux aspects de droit international privé (Chapitre 3).

⁴¹ T. DREIER, « Creation and Investment : Artistic and Legal Implications of Computer Generated Works », *op. cit.*, 16.

⁴² Directive 96/9. Voy. *infra*, à ce propos.

⁴³ Voy. à ce sujet, à propos du test de NOLL, T. DREIER, « Creation and Investment : Artistic and Legal Implications of Computer Generated Works », *op. cit.*, 14.

⁴⁴ Voy., en ce sens, M. DE COCK BUNING, « Computer generated works, een test voor de grondslagen van het auteursrecht », *op. cit.*, 10-16, 12.

CHAPITRE 2. Droit comparé

SECTION 1. – Pertinence du droit comparé

23. **Ampleur internationale de la problématique** – La résolution adoptée par le Parlement européen⁴⁵, ouvre un champ d'investigation important concernant les questions de savoir si et comment il faudrait protéger par le droit d'auteur les œuvres générées par des robots.

Le regard qu'il faut porter sur cette thématique doit donc nécessairement être large. Dans ce cadre, une brève étude de droit comparé paraît inévitable, d'autant que le sujet est d'ampleur internationale. De surcroît, il est bénéfique d'accorder une attention spéciale aux solutions spécifiques adoptées par certains États dans ce domaine, en particulier les pays de « Common Law ».

La problématique sera traitée en deux temps. Il s'agit tout d'abord de vérifier si ces systèmes juridiques permettent de considérer qu'une œuvre générée par machine est originale, condition nécessaire à la reconnaissance de l'existence d'un droit d'auteur sur cette œuvre.

Ensuite, dans l'hypothèse où il peut être conclu à l'originalité et donc à la protection de l'œuvre robotique par le droit d'auteur, il convient de se demander à qui la titularité des droits d'auteur doit être octroyée.

SECTION 2. – La condition d'originalité

24. **Conceptions variables de l'originalité** – Le critère d'originalité n'est pas uniformément défini dans l'ensemble des pays de « Common Law ». En réalité, ces pays s'inscrivent respectivement dans une conception de l'originalité qui varie entre l'exigence d'un degré minimum d'intervention créative⁴⁶ et l'exigence d'un degré suffisant de talent, de travail, de jugement et d'effort (« *skill and labour* »)⁴⁷.

⁴⁵ Cf. *supra*, la Résolution du 16 février 2017.

⁴⁶ C'est notamment le cas des États-Unis. Voy. *Feist Publications Inc v Rural Telephone Service Co*, [1991] Inc. 449 U.S. 340, § 54 ; et A. BRIDY, « Coding Creativity : Copyright and the Artificially Intelligent Author », *Stan. Tech. L. Rev.* 5, 2012, p. 7.

⁴⁷ Il en va notamment ainsi au Royaume-Uni. Voy. *Ladbroke (Football) Ltd v William Hill (Football) LTD*, [1964] 1 WLR 273 (HL) ; et A. RAHMATIAN, « Originality in UK Copyright Law: The Old "Skill and Labour" Doctrine Under Pressure », *IIC*, 2013, vol. 44, Issue 1, p. 5.

§ 1. Le degré minimum de créativité états-unien

25. Créativité humaine pas animale – Comme indiqué ci-dessus, aux États-Unis, le critère d'originalité ne sera rencontré que pour autant que l'œuvre soit pourvue d'un degré minimum de créativité⁴⁸. Or, comme en droit communautaire, cette créativité ne peut être que le fait d'un être humain⁴⁹. Le principe est illustré par l'affaire du « selfie du singe », dans laquelle un touriste anglais, Mr David Slater, s'était fait subtiliser son appareil photo par un singe lors d'un voyage en Indonésie. Ce singe avait alors pris un « selfie » qui fit le tour de la toile. Au vu du succès de la photo en cause, Mr Slater tenta d'arguer qu'il était titulaire des droits d'auteur sur la photo, dès lors qu'elle avait été prise avec son appareil photo, mais le U.S. Copyright Office⁵⁰ refusa de faire droit à sa demande⁵¹. À cette occasion, le U.S. Copyright Office précisa que :

« L'Office n'enregistrera pas d'œuvres produites par la nature, des animaux ou des plantes^{52,53}.

26. Créativité humaine pas informatique – Dans le même ordre d'idées, l'Office considère également qu'un ordinateur est incapable de faire, seul, œuvre créatrice :

« (...) l'Office n'enregistrera pas d'œuvres produites par une machine ou un simple processus mécanique opérant aléatoirement ou automatiquement sans aucun apport ou intervention créatif d'un auteur humain^{54,55}.

⁴⁸ *Feist Publications Inc v Rural Telephone Service Co*, [1991] Inc. 449 U.S. 340, § 54 ; et A. BRIDY, « Coding Creativity : Copyright and the Artificially Intelligent Author », *op. cit.*, p. 7.

⁴⁹ M. PERRY et T. MARGONI, « From music tracks to Google maps : Who owns computer-generated works ? », *Computer Law & Security Review*, 26 (2010), p. 625.

⁵⁰ Le « copyright » aux États-Unis a ceci de particulier qu'à la différence du droit communautaire, la protection ne naît pas automatiquement dès que les conditions sont rencontrées, mais est sujet à un enregistrement auprès de l'U.S. Copyright Office, similairement à ce qui existe en droit des marques en droit communautaire.

⁵¹ P. LAMBERT, « Computer-Generated Works and Copyright : Selfies, Traps, Robots, AI and Machine Learning », *E.I.P.R.*, 2017, vol. 39, Issue 1, p. 14.

⁵² U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Compendium of U.S. Copyright Office Practices (Third)*, § 313.2 (3rd ed. 2014). Traduction libre de : « *The Office will not register works produced by nature, animals, or plants* ».

⁵³ J. GRIMMELMANN, « There's No Such Thing as a Computer-Authored Work », 39 *COLUM. J. L. & ARTS* 403 (2016), p. 403 ; M. PERRY & T. MARGONI, « From music tracks to Google maps », *op. cit.*, p. 625.

⁵⁴ U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Compendium of U.S. Copyright Office Practices (Third)*, § 313.2 (3rd ed. 2014). Traduction libre de : « (...) *the Office will not register works produced by a machine or mere mechanical process that operates randomly or automatically without any creative input or intervention from a human author* ».

⁵⁵ J. GRIMMELMANN, « There's No Such Thing as a Computer-Authored Work », *op. cit.*, p. 403 ; M. PERRY & T. MARGONI, « From music tracks to Google maps », *op. cit.*, p. 625.

Selon J. Grimmelmann, s'il ne peut être exclu qu'un ordinateur soit un jour capable de faire œuvre créatrice, tel n'est certainement pas le cas à l'heure actuelle⁵⁶. D'après lui :

« C'est uniquement la nouveauté et l'étrangeté apparente des ordinateurs qui ont encouragé les gens à penser le contraire »⁵⁷.

Cet auteur ne ferme toutefois pas la porte à la possibilité de reconnaître, dans le futur, un certain degré de créativité à une intelligence artificielle (ci-après « IA ») qui serait à ce point autonome et imprévisible que l'être humain ne serait plus en mesure de lui dicter sa conduite, de sorte que cette IA serait dotée d'une forme de personnalité capable de créer une œuvre par sa seule volonté⁵⁸.

§ 2. L'incohérence australienne

27. Structure du Copyright Act australien – La vision états-unienne de l'originalité est partagée par l'Australie, mais elle ne l'est que partiellement. Le droit d'auteur australien opère en effet des distinctions. Plus précisément, le Copyright Act australien⁵⁹ est subdivisé en plusieurs parties, selon l'objet de la protection, et les règles de protection ne sont pas identiques pour chacune de ces parties⁶⁰.

Ainsi, la Partie III de cette législation protège les œuvres littéraires, dramatiques, musicales et artistiques⁶¹, tandis que la Partie IV protège les « objets de droits autres que les œuvres »⁶², à savoir les enregistrements sonores, les films cinématographiques, les télédiffusions, les radiodiffusions et les éditions publiées d'œuvres⁶³.

⁵⁶ J. GRIMMELMANN, « There's No Such Thing as a Computer-Authored Work », *op. cit.*, p. 414.

⁵⁷ *Ibid.* Traduction libre de : « *It is only the novelty and seeming strangeness of computers that have encouraged people to think otherwise* ».

⁵⁸ J. GRIMMELMANN, « There's No Such Thing as a Computer-Authored Work », *op. cit.*, p. 414.

⁵⁹ *Copyright Act 1968* (Australia).

⁶⁰ Voy. A. FITZGERALD & T. SEIDENSPINNER, « Copyright and computer-generated materials – Is it time to reboot the discussion about authorship ? », *Victoria University Law and Justice Journal*, 2013, 3(1), pp. 49-50.

⁶¹ *Copyright Act 1968* (Australia), Part III – Copyright in original literary, dramatic, musical and artistic works.

⁶² *Copyright Act 1968* (Australia), Part IV – Copyright in subject-matter other than works.

⁶³ *Copyright Act 1968* (Australia), Part IV, ss. 85-88.

28. Partie III et auteur humain – Pour les œuvres entrant dans le champ d'application de la Partie III du Copyright Act australien, le concept d'originalité est intimement lié à la notion d'auteur⁶⁴, ce dernier devant, selon une jurisprudence bien établie⁶⁵, nécessairement être une personne humaine identifiable⁶⁶.

Cette exigence d'intervention humaine a d'ailleurs été consacrée par la Cour suprême australienne dans l'affaire *Telstra*⁶⁷, où la Cour considéra qu'un bottin téléphonique généré automatiquement sans compilation humaine ne pouvait être protégé par le droit d'auteur⁶⁸. Selon la Cour, le fait qu'un être humain se limite à « engager le processus mécanique produisant la compilation »⁶⁹ n'est pas suffisant⁷⁰. Comme le souligne J. McCutcheon :

« En d'autres mots, le contrôle sur le logiciel n'équivaut pas nécessairement au contrôle sur la forme. Et simplement engendrer la matérialisation de l'œuvre par le biais d'un logiciel est insuffisant en l'absence d'un effort intellectuel indépendant destiné à façonner la forme de cette représentation matérielle »⁷¹.

La Cour suprême australienne commande donc d'apprécier, sur les plans quantitatif et qualitatif, la mesure dans laquelle la forme finale de l'œuvre peut être attribuée au logiciel⁷². Du point de vue quantitatif, la protection par le droit d'auteur sera exclue si « une grande partie de la contribution » à la forme du résultat est due au logiciel, ou si le résultat

⁶⁴ Voy. Copyright Act 1968 (Australia), Part IV, ss. 32 (1) et (2).

⁶⁵ Voy. not. *Ice TV Pty Ltd v Nine Network Australia Pty Ltd*, [2009] 239 CLR 458, §§ 95-96 ; et *Acohs Pty Ltd v Ucorp Pty Ltd*, [2010] 86 IPR 492, § 48.

⁶⁶ A. FITZGERALD & T. SEIDENSPINNER, « Copyright and computer-generated materials », *op. cit.*, p. 49 ; S. RICKETSON, « The Need for Human Authorship », *E.I.P.R.*, 2012, vol. 34, Issue 1, p. 56.

⁶⁷ *Telstra Corporation Ltd v. Phone Directories Company Pty Ltd*, [2010] 194 FCR 142.

⁶⁸ *Telstra Corporation Ltd v. Phone Directories Company Pty Ltd*, [2010] 194 FCR 142, § 89 ; J. MCCUTCHEON, « The vanishing author in computer-generated works : a critical analysis of recent Australian case law », *Melbourne University Law Review*, 2013, vol. 36, p. 926 ; J. LARRIEU, « Chapitre 9. La propriété intellectuelle et les robots », *Journal International de Bioéthique*, 2013/4, vol. 24, p. 130.

⁶⁹ *Telstra Corporation Ltd v. Phone Directories Company Pty Ltd*, [2010] 194 FCR 142, § 59. Traduction libre de : « engages the mechanical processes to produce the compilation ».

⁷⁰ J. MCCUTCHEON, « The vanishing author in computer-generated works », *op. cit.*, p. 926.

⁷¹ *Ibid.*, p. 927. Traduction libre de : « In other words, control of the software does not necessarily equate to control of the form. And merely causing the materialisation of the work by operating the software is insufficient absent some independent intellectual effort directed to the shape of that material form ».

⁷² *Ibid.*, p. 933.

est « essentiellement généré par ordinateur », « presque entièrement automatisé » ou « relève massivement du travail » du logiciel »⁷³. Du point de vue qualitatif, il conviendra de se demander si « l'auteur "contrôlait la nature de la forme matérielle produite par" le logiciel, et si le logiciel constituait l'étape "transformative", "manifestement fondamentale", "d'importance centrale" ou "ayant eu une importance déterminante" sur la mise en forme »⁷⁴.

Dans la conception australienne, pour les œuvres entrant dans le champ d'application de la Partie III, l'utilisation d'un logiciel fera obstacle au droit d'auteur, si c'est le logiciel et non l'effort intellectuel de l'auteur qui, de manière substantielle, détermine la forme de l'œuvre⁷⁵.

29. Partie IV sans auteur humain – À l'inverse, l'existence d'un auteur humain n'est pas requise pour que les œuvres entrant dans le champ d'application de la Partie IV du Copyright Act australien⁷⁶ puissent bénéficier de la protection par le droit d'auteur⁷⁷. Il convient néanmoins de noter que cette Partie IV confère des droits réduits par rapport à la Partie III, puisqu'elle ne confère pas de droits exclusif de publication et d'adaptation, et que les droits exclusifs de reproduction et de communication au public sont remplacés par un droit de copie plus limité⁷⁸.

⁷³ *Telstra Corporation Ltd v. Phone Directories Company Pty Ltd*, [2010] 194 FCR 142, §§ 89, 114, 130 et 169 ; J. MCCUTCHEON, « The vanishing author in computer-generated works », *op. cit.*, p. 933. Traduction libre de : « "much of the contribution" to the form of the output is due to the software, or if the output is "essentially computer-generated", "almost entirely automated" or "overwhelmingly the work" of the software ».

⁷⁴ *Telstra Corporation Ltd v. Phone Directories Company Pty Ltd*, [2010] 194 FCR 142, §§ 88, 118, 167 et 169 ; J. MCCUTCHEON, « The vanishing author in computer-generated works », *op. cit.*, p. 933. Traduction libre de : « the author was "controlling the nature of the material form produced by" the software, and whether the software was the "transformative" step, "obviously fundamental", of "central importance" or of "such overwhelming significance" to the form ».

⁷⁵ J. MCCUTCHEON, « The vanishing author in computer-generated works », *op. cit.*, p. 940. Traduction libre de : « an author must supply both the mental and fixation effort, and if software, rather than the mental effort of the author, substantially shapes the work, then its use will always prevent copyright subsistence ».

⁷⁶ À savoir les enregistrements sonores, les films cinématographiques, les télédiffusions, les radiodiffusions et les éditions publiées d'œuvres (Copyright Act 1968 (Australia), Part IV, ss 85-88).

⁷⁷ A. FITZGERALD et T. SEIDENSPINNER, « Copyright and computer-generated materials », *op. cit.*, p. 50 ; *Telstra Corporation Ltd v. Phone Directories Company Pty Ltd*, [2010] 194 FCR 142, § 135.

⁷⁸ J. MCCUTCHEON, « The vanishing author in computer-generated works », *op. cit.*, p. 965.

30. Incohérence et incertitudes – Partant de ce postulat, une œuvre générée par ordinateur entrant dans le champ d'application de la Partie IV du Copyright Act australien, telle qu'un film généré entièrement par ordinateur, sera protégée par un droit d'auteur restreint, tandis qu'une œuvre générée par ordinateur entrant dans le champ d'application de la Partie III de cette législation, telle qu'une image ou un dessin, ne sera pas protégée, faute d'intervention humaine⁷⁹.

Cette incohérence a été soulignée par la Cour suprême dans l'affaire *Telstra*⁸⁰, et des voix s'élèvent dans la doctrine australienne en vue d'aligner, dans un but de sécurité juridique et de neutralité technologique, les deux régimes en abandonnant l'exigence d'une intervention humaine comme condition de protection des œuvres couvertes par la Partie III⁸¹.

§ 3. La fiction juridique du Royaume-Uni, de l'Irlande, e.a.

31. « Skill and labour » originel – Antérieurement aux arrêts phares rendus par la C.J.U.E. sur la notion d'originalité en droit communautaire⁸², juridiquement contraignants pour le Royaume-Uni⁸³ et l'Irlande, la conception de l'originalité dans ces deux pays se fondait sur l'exigence d'un degré suffisant de talent, de travail, de jugement et d'effort (« *skill and labour* »)⁸⁴.

Quand bien même était-il fait référence dans ces pays à une conception objective de « *skill and labour* » plutôt qu'à une conception subjective de créativité, il n'empêche que le travail ou l'effort nécessaire pour qu'une œuvre puisse être protégée devait être, à l'origine, le fait d'un être humain⁸⁵.

⁷⁹ A. FITZGERALD et T. SEIDENSPINNER, « Copyright and computer-generated materials », *op. cit.*, p. 64.

⁸⁰ *Telstra Corporation Ltd v. Phone Directories Company Pty Ltd*, [2010] 194 FCR 142, §§ 134-136.

⁸¹ A. FITZGERALD et T. SEIDENSPINNER, « Copyright and computer-generated materials », *op. cit.*, p. 64 ; J. MCCUTCHEON, « The vanishing author in computer-generated works », *op. cit.*, pp. 957-966.

⁸² Cf. *supra*, C.J.U.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International*, aff. C-5/08, pt 35 ; C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, *Painer*, aff. C-145/10, pts 87-88.

⁸³ La question se pose toutefois de savoir si le Royaume-Uni acceptera de rester lié juridiquement par les arrêts, passés et futurs, de la C.J.U.E. dans une situation « post-Brexit ».

⁸⁴ A. RAHMATIAN, « Originality in UK Copyright Law: The Old "Skill and Labour" Doctrine Under Pressure », *op. cit.*, p. 5 ; et *Ladbroke (Football) Ltd v Willam Hill (Football) LTD*, [1964] 1 WLR 273 (HL).

⁸⁵ P. LAMBERT, « Computer-Generated Works and Copyright », *op. cit.*, p. 12 ; R. CLARK et S. SMITH, *Intellectual Property Law in Ireland*, Dublin, Butterworths, 1997, p. 252.

32. *Express Newspapers plc v Liverpool Daily Post & Echo plc* – La question de la nécessité d'une intervention humaine a donné lieu, en 1985, au Royaume-Uni, à la célèbre affaire *Express Newspapers*⁸⁶. Cette affaire avait pour objet une grille de lettres servant de base pour une loterie, qui était publiée par le journal de la société demanderesse⁸⁷. Cette dernière avait intenté une action à l'encontre du défendeur, estimant que celui-ci avait copié les grilles et les séquences de lettres dans son propre journal⁸⁸. Se fondant sur l'argument selon lequel le « *skill and labour* » devait être le fait d'un être humain, le défendeur estimait que les grilles en question n'étaient pas protégées par le droit d'auteur, dès lors qu'elles avaient été générées par un ordinateur, et non par le programmeur du logiciel⁸⁹. Cet argument a été rejeté par le juge J. Whitford, celui-ci estimant que l'ordinateur n'était pas le créateur de l'œuvre, mais simplement un outil assistant le réel créateur, à savoir le programmeur⁹⁰.

Cette décision a eu une résonnance non négligeable en doctrine anglosaxonne, qui ne manqua pas de souligner que le tribunal mettait en exergue, dans cette affaire, la différence entre œuvres « assistées » par ordinateur, et œuvres « générées » par ordinateur⁹¹. Si les premières, telles que les grilles en cause dans l'affaire susmentionnée, sont assurément protégeables par le droit d'auteur dès lors que le « *skill and labour* » est le fait d'un homme simplement assisté par une machine, se posait la question du sort à réserver aux œuvres générées par ordinateur, à savoir les œuvres générées sans la fourniture d'un « talent et effort humain significatif »⁹². En effet, dans la rigueur des principes de l'époque, cette seconde catégorie d'œuvres n'était pas protégeable⁹³, ce qui ne manquait pas de créer de l'insécurité juridique, tant la frontière entre ce qui constituait une œuvre « assistée » et une œuvre « générée » par ordinateur était floue⁹⁴.

33. Fiction juridique du UK Copyright, Designs and Patents Act – Se montrant réceptif aux inquiétudes formulées par la doctrine suite à l'arrêt

⁸⁶ *Express Newspapers plc v Liverpool Daily Post & Echo plc*, [1985] FSR 306.

⁸⁷ G. DWORKIN et R. D. TAYLOR, *Blackstone's Guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988*, London, Blackstone Press, 1989, p. 185.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ G. DWORKIN et R. D. TAYLOR, *Blackstone's Guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988*, London, Blackstone Press, 1989, p. 185.

⁹¹ *Ibid.* ; P. LAMBERT, « Computer-Generated Works and Copyright », *op. cit.*, p. 13.

⁹² G. DWORKIN et R. D. TAYLOR, *Blackstone's Guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988*, *op. cit.*, p. 185. Traduction libre de : « *significant human skill and labour* ».

⁹³ P. LAMBERT, « Computer-Generated Works and Copyright », *op. cit.*, p. 13.

⁹⁴ G. DWORKIN et R. D. TAYLOR, *Blackstone's Guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988*, *op. cit.*, p. 186.

*Express Newspapers*⁹⁵, le législateur du Royaume-Uni s'est emparé du problème et a résolu la question en 1988 en modifiant le UK Copyright, Designs and Patents Act⁹⁶ (ci-après « CDPA ») afin de reconnaître la protection par le droit d'auteur aux œuvres générées par ordinateur, définies dans cette législation comme étant des « œuvre[s] générée[s] par ordinateur dans des circonstances telles qu'il n'y a pas d'auteur humain de l'œuvre »⁹⁷.

Ainsi, par le biais d'une fiction juridique, le CPDA considère que l'auteur, à savoir la personne qui crée l'œuvre⁹⁸, est :

« Dans le cas d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique qui est générée par ordinateur, l'auteur sera présumé être la personne ayant entrepris les arrangements nécessaires pour la création de l'œuvre »⁹⁹.

Pour ces œuvres générées par ordinateur, la durée de protection est de 50 ans à dater de la fin de l'année de création de l'œuvre¹⁰⁰, ce qui constitue une exception au principe selon lequel la durée de protection est de 70 ans à dater de la fin de l'année du décès de l'auteur¹⁰¹.

Le législateur a donc contourné de façon pragmatique le problème de la nécessité d'avoir un auteur humain afin que l'œuvre soit protégeable, en créant une fiction juridique selon laquelle lorsque l'œuvre est générée par un ordinateur sans intervention humaine, l'auteur de l'œuvre sera présumé être la personne ayant entrepris les « arrangements nécessaires » pour que l'ordinateur puisse créer l'œuvre.

Depuis cette réforme, tant les œuvres générées par un humain que celles générées par un ordinateur sont donc susceptibles de remplir la condition d'originalité¹⁰². Subsiste cependant la question de savoir qui est cette personne ayant entrepris les « arrangements nécessaires »¹⁰³, qui sera étudiée dans la section relative à la titularité des droits.

⁹⁵ *Express Newspapers plc v Liverpool Daily Post & Echo plc*, [1985] FSR 306.

⁹⁶ *Copyright, Design and Patents Act* (U.K.), 15 November 1988, (c. 48).

⁹⁷ *Ibid.*, s. 178. Traduction libre de : « the work is generated by computer in circumstances such that there is no human author of the work ».

⁹⁸ *Copyright, Design and Patents Act* (U.K.), 15 November 1988, (c. 48), s. 9(1).

⁹⁹ *Copyright, Design and Patents Act* (U.K.), 15 November 1988, (c. 48), s. 9(3). Traduction libre de : « In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken ».

¹⁰⁰ *Copyright, Design and Patents Act* (U.K.), 15 November 1988, (c. 48), s. 12(7).

¹⁰¹ *Copyright, Design and Patents Act* (U.K.), 15 November 1988, (c. 48), s. 12(2).

¹⁰² G. DWORKIN et R. D. TAYLOR, *Blackstone's Guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988*, op. cit., p. 186.

¹⁰³ *Ibid.*

34. Dispositions législatives analogues – Il est à mentionner que l'Afrique du Sud¹⁰⁴, Hong Kong¹⁰⁵, l'Inde¹⁰⁶, l'Irlande¹⁰⁷ et la Nouvelle Zélande¹⁰⁸ ont également adopté des dispositions législatives prévoyant une fiction juridique analogue à celle contenue dans le CDPA¹⁰⁹.

§ 4. Le compromis canadien cause d'incertitudes

35. Deux conceptions de l'originalité – Pour être protégeable par le droit d'auteur canadien, une œuvre doit être originale¹¹⁰. Jusque récemment, les cours et tribunaux canadiens hésitaient cependant entre les deux conceptions de l'originalité évoquées en prélude de cette section¹¹¹, se fondant tantôt sur l'exigence d'un degré minimum d'intervention créative¹¹², tantôt sur l'exigence d'un degré suffisant de talent, de travail, de jugement et d'effort¹¹³ (« skill and labour »)¹¹⁴.

36. Compromis de la Cour suprême canadienne – C'est donc sans surprise que la question a été soumise en 2004 à la Cour suprême canadienne dans l'affaire *CCH v Law Society of Upper Canada*¹¹⁵. Cependant, la Cour s'est refusée à consacrer l'une ou l'autre théorie, et a plutôt proposé un nouveau standard à mi-chemin entre les deux conceptions¹¹⁶.

¹⁰⁴ *South Africa Copyright Act*, No. 98 of 1978, s. 1.

¹⁰⁵ *Copyright Ordinance* (Hong Kong), cap 528, 27 June 1997, s. 11(3).

¹⁰⁶ *Copyright Act* (India), 4 June 1957, s. 2(d)(vi). Notons que le texte indien diffère légèrement des autres législations mentionnées ci-dessus, en ce qu'il stipule que « l'auteur est la personne qui est la cause de la création de l'œuvre ». Traduction libre de « "author" means (...) the person who causes the work to be created ».

¹⁰⁷ *Copyright and Related Rights Act* (Ireland), 2000, s. 21(f).

¹⁰⁸ *Copyright Act* (N.Z.), 15 December 1994, 1994/143, s. 5(2)(a).

¹⁰⁹ M. PERRY et T. MARGONI, « From music tracks to Google maps », op. cit., p. 622 ; J. MCCUTCHEON, « The vanishing author in computer-generated works », op. cit., p. 956 ; L.-A. TONG, « Copyright and Computer Programs, Computer-generated Works and Databases in South Africa », *E.I.P.R.*, 2006, vol. 28, Issue 12, p. 626.

¹¹⁰ *Canadian Copyright Act*, R.S. C. 1985, c. C-42, s. 5(1).

¹¹¹ Voy. *supra*, n° 24.

¹¹² Voy. not. *Tele-Direct v American Businesses*, [1997] 76 C.P.R. (3d) 296.

¹¹³ Voy. not. *U & R Tax services Ltd v H & R Block Canada Inc.*, [1995] 62 C.P.R. (3d) 257.

¹¹⁴ M. PERRY et T. MARGONI, « From music tracks to Google maps », op. cit., p. 623 ; R. M. SHOYAMA, « Intelligent Agents : Authors, Makers, and Owners of Computer-Generated Works in Canadian Copyright Law », *Canadian Journal of Law and Technology*, 2005, 4, 2, p. 131.

¹¹⁵ *CCH v Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13, 30 C.P.R. (4th) 1.

¹¹⁶ *CCH v Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13, 30 C.P.R. (4th) 1, § 16 ; M. PERRY et T. MARGONI, « From music tracks to Google maps », op. cit., p. 624 ; R. M. SHOYAMA, « Intelligent Agents : Authors, Makers, and Owners of Computer-Generated Works in Canadian Copyright Law », op. cit., p. 131.

Cette décision a engendré, et engendre toujours, un certain nombre d'incertitudes pratiques quant à la conception concrète de l'originalité souhaitée par la Cour¹¹⁷.

Ainsi, si la Cour ne valide pas l'exigence d'un degré minimum de créativité de son voisin états-unien, elle n'adopte pas non plus la conception classique du « *skill and labour* », puisqu'elle fait uniquement référence, pour le standard d'originalité, au talent (« *skill* ») et au jugement (« *judgement* ») sans référence au travail (« *labour* »)¹¹⁸. Selon la Cour :

« talent (...) signifie l'utilisation de connaissances, d'aptitudes développées ou de capacités entraînées dans la production de l'œuvre [et] jugement (...) signifie l'utilisation d'une capacité de discernement, d'une habilité à se forger une opinion ou d'une évaluation fondée sur la comparaison de différentes options possibles dans la production de l'œuvre »¹¹⁹.

La Cour exige cependant bel et bien un certain effort intellectuel, qui ne peut se limiter à un « exercice purement mécanique »¹²⁰.

37. Conséquence pour les œuvres générées par ordinateur – Se pose alors la question de savoir si, au vu de cette conception de l'originalité développée par la Cour suprême canadienne, les œuvres générées par ordinateur peuvent être protégées.

Selon certains auteurs, rien n'est moins sûr, dès lors que les définitions, données par la Cour, du talent (« *skill* ») et du jugement (« *judgement* ») font fortement penser à des compétences réservées, à l'heure actuelle, aux humains, et non aux ordinateurs¹²¹. Selon ces mêmes auteurs, il est d'ailleurs envisageable que la Cour n'ait pas senti le besoin de faire explicitement référence à l'humain, tant ceci découlait implicitement des définitions en cause¹²².

¹¹⁷ M. PERRY et T. MARGONI, « From music tracks to Google maps », *op. cit.*, p. 624.

¹¹⁸ *CCH v Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13, 30 C.P.R. (4th) 1, § 16 ; M. PERRY et T. MARGONI, « From music tracks to Google maps », *op. cit.*, p. 624.

¹¹⁹ *Ibid.* Traduction libre de : « *skill (...) mean(s) the use of one's knowledge, developed aptitude or practised ability in producing the work [and] judgement (...) mean(s) the use of one's capacity for discernment or ability to form an opinion or evaluation by comparing different possible options in producing the work* ».

¹²⁰ *CCH v Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13, 30 C.P.R. (4th) 1, § 16 ; M. PERRY et T. MARGONI, « From music tracks to Google maps », *op. cit.*, p. 624 ; R. M. SHOYAMA, « Intelligent Agents : Authors, Makers, and Owners of Computer-Generated Works in Canadian Copyright Law », *op. cit.*, p. 131. Traduction libre de : « *purely mechanical exercise* ».

¹²¹ M. PERRY et T. MARGONI, « From music tracks to Google maps », *op. cit.*, p. 625.

¹²² *Ibid.*, p. 625.

Pour d'autres, s'il est vrai qu'il semble découler implicitement du Canadian Copyright Act que l'auteur doit être un humain, il ne faut pas perdre de vue le fait que, pour certaines catégories d'œuvres¹²³, cette même législation reconnaît un droit d'auteur au « *maker* » des œuvres en cause¹²⁴. Or, le Canadian Copyright Act définit le « *maker* » comme étant :

- « (a) pour les œuvres cinématographiques, la personne ayant entrepris les arrangements nécessaires pour la réalisation de l'œuvre, ou
- (b) pour les enregistrements sonores, la personne ayant entrepris les arrangements nécessaires pour la première fixation des sons »¹²⁵.

Bien qu'en droit canadien les concepts de « *maker* » et d'« *author* » soient différents¹²⁶, ceci n'est pas sans rappeler la fiction juridique contenue dans le CPDA du Royaume-Uni¹²⁷. Partant, il pourrait être envisageable qu'une œuvre générée par ordinateur soit protégée en reconnaissant des droits d'auteur au « *maker* » ayant entrepris les « arrangements nécessaires » pour que l'ordinateur génère l'œuvre cinématographique ou l'enregistrement sonore, bien que cela ne soit pas prévu explicitement dans le Canadian Copyright Act. Il se pourrait donc que, selon le type d'œuvres en cause, les œuvres générées par ordinateur soient, ou non, susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur, ce qui correspondrait à une situation duale analogue à la situation australienne¹²⁸.

38. Insécurité juridique – Au vu de ce qui précède et à défaut d'une décision de clarification de la Cour suprême canadienne, il ne peut être affirmé avec certitude que les œuvres générées par ordinateur sont protégées par le droit d'auteur, pas plus qu'il ne peut être affirmé avec certitude que tel n'est pas le cas¹²⁹. Le compromis auquel la Cour suprême a abouti est donc empreint d'insécurité juridique.

¹²³ À savoir les œuvres cinématographiques et les enregistrements sonores (*Canadian Copyright Act*, R.S. C. 1985, c. C-42, s. 2).

¹²⁴ R. M. SHOYAMA, « Intelligent Agents : Authors, Makers, and Owners of Computer-Generated Works in Canadian Copyright Law », *op. cit.*, pp. 132-133.

¹²⁵ *Canadian Copyright Act*, R.S. C. 1985, c. C-42, s. 2 ; R. M. SHOYAMA, « Intelligent Agents: Authors, Makers, and Owners of Computer-Generated Works in Canadian Copyright Law », *op. cit.*, p. 133. Traduction libre de : « (a) in relation to a cinematographic work, the person by whom the arrangements necessary for the making of the work are undertaken, or (b) in relation to a sound recording, the person by whom the arrangements necessary for the first fixation of the sounds are undertaken ».

¹²⁶ R. M. SHOYAMA, « Intelligent Agents : Authors, Makers, and Owners of Computer-Generated Works in Canadian Copyright Law », *op. cit.*, p. 133.

¹²⁷ *Voy. supra*, n° 33 ; R. M. SHOYAMA, « Intelligent Agents : Authors, Makers, and Owners of Computer-Generated Works in Canadian Copyright Law », *op. cit.*, p. 133.

¹²⁸ *Voy. supra*, n°s 27 à 30.

¹²⁹ M. PERRY et T. MARGONI, « From music tracks to Google maps », *op. cit.*, p. 625.

SECTION 3. – Titularité des droits d'auteur

39. L'ordinateur ne peut lui-même être titulaire – Dès lors que les œuvres générées par ordinateur sont assurément protégées par le droit d'auteur au Royaume-Uni, en Afrique du Sud, à Hong Kong, en Inde, en Irlande et en Nouvelle Zélande¹³⁰ – et qu'elles le sont (peut-être) en droit australien¹³¹ et canadien¹³² – il convient de se demander à qui reviendrait la titularité des droits d'auteur puisque, par hypothèse, l'ordinateur ne peut lui-même être titulaire de ces droits, faute de personnalité juridique¹³³.

40. Identification abstraite de la personne ayant entrepris les « arrangements nécessaires » – Dans le CDPA et les législations analogues¹³⁴, la question semble résolue puisqu'il est explicitement indiqué que l'auteur de l'œuvre sera présumé être la personne ayant entrepris les « arrangements nécessaires » pour que l'ordinateur puisse créer l'œuvre¹³⁵. En réalité, par le biais de cette fiction juridique, ces législations octroient la titularité des droits d'auteurs à une personne qui est présumée être l'auteur, alors que l'auteur « réel » est l'ordinateur¹³⁶. Cependant, bien que le titulaire des droits soit identifié dans ces législations, il ne l'est qu'en des termes abstraits, ce qui signifie qu'en pratique, il sera souvent compliqué de le désigner de manière concrète.

41. Complexité de l'identification concrète – Ainsi, la notion même d'« arrangements nécessaires » est relativement floue¹³⁷. Cette notion couvre-t-elle uniquement la création et le développement d'un ordinateur, où bien couvre-t-elle également les règles de fonctionnement opérationnelles qui sont intégrées dans cet ordinateur afin de lui permettre de fonctionner en toute autonomie¹³⁸ ? En toute logique, la réponse à cette

¹³⁰ Voy. *supra*, nos 31 à 34.

¹³¹ Voy. *supra*, nos 27 à 30.

¹³² Voy. *supra*, nos 35 à 38.

¹³³ A. BRIDY, « Coding Creativity : Copyright and the Artificially Intelligent Author », *op. cit.*, p. 21.

¹³⁴ Voy. *supra*, nos 33 et 34.

¹³⁵ Copyright, Design and Patents Act (U.K.), 15 November 1988, (c. 48), s. 9(3) ; J. LARRIEU, « Chapitre 9. La propriété intellectuelle et les robots », *Journal International de Bioéthique*, 2013/4, vol. 24, p. 132.

¹³⁶ A. BRIDY, « Coding Creativity : Copyright and the Artificially Intelligent Author », *op. cit.*, p. 27.

¹³⁷ P. LAMBERT, « Computer-Generated Works and Copyright », *op. cit.*, p. 17.

¹³⁸ *Ibid.*

question dépendra de l'interprétation qui sera faite de cette notion par les juges, ce qui suscite des risques de disparités en fonction des pays et de leur compréhension des nouvelles technologies en cause (machine learning, IA, etc.), dont la potentialité réelle d'action n'avait, au demeurant, certainement pas été envisagée en 1988 lors la modification du CPDA¹³⁹.

Par ailleurs, il est parfaitement envisageable que, dans certaines situations, ces « arrangements nécessaires » soient à ce point éloignés du résultat produit par le robot qu'une personne concrète n'est pas identifiable¹⁴⁰, ou qu'une multitude d'intervenants puissent prétendre avoir entrepris de tels arrangements, au vu de la complexité de fonctionnement de l'ordinateur en cause. Dans ce contexte, la question se pose de savoir si le droit d'auteur doit être conféré au concepteur de l'ordinateur, au programmeur, ou à l'utilisateur, et si le résultat constitue une œuvre collective. Dès l'adoption du CPDA au Royaume-Uni, cette difficulté d'identification concrète a été mise en exergue par G. Dworkin et R. D. Taylor, selon qui tout sera fonction du cas d'espèce¹⁴¹.

Il pourrait, le cas échéant, être tenu compte du critère de prévisibilité proposé par B. Boyden, à savoir que la titularité serait octroyée à la (aux) personne(s) ayant raisonnablement pu prévoir, sur base des arrangements entrepris, le résultat concret généré par l'ordinateur¹⁴².

42. Cas particulier des films cinématographiques et enregistrements sonores – En ce qui concerne les films cinématographiques et les enregistrements sonores, la situation est, pour G. Dworkin et R. D. Taylor, plus claire, dès lors que c'est le producteur qui devrait être considéré comme étant la personne ayant entrepris les « arrangements nécessaires » pour que l'ordinateur puisse créer l'œuvre¹⁴³.

Il est à souligner que ces deux types d'œuvres sont précisément celles pour lesquelles le droit canadien reconnaît un droit d'auteur au « maker » des œuvres en cause¹⁴⁴. Pour R. M. Shoyama, le « maker » de l'œuvre générée par ordinateur pourrait, dans l'absolu, être soit le programmeur, soit

¹³⁹ P. LAMBERT, « Computer-Generated Works and Copyright », *op. cit.*, p. 17.

¹⁴⁰ Nous concédons que ceci sera vraisemblablement moins problématique dans l'hypothèse où l'ordinateur, qui peut être qualifié de « robot créateur » est la propriété d'une personne morale, qui deviendrait, ce faisant, titulaire des droits d'auteur – pour autant que la présomption de cession des droits des employés envers leurs employeurs joue également pour les œuvres générées par machine.

¹⁴¹ G. DWORKIN et R. D. TAYLOR, *Blackstone's Guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988*, *op. cit.*, p. 186.

¹⁴² B. BOYDEN, « Emergent works », 39 *Colum. J.L. & Arts*, 2016, pp. 387-389.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Voy. *supra*, n° 37.

l'investisseur/propriétaire de « l'agent intelligent »¹⁴⁵, soit l'utilisateur¹⁴⁶. Cet auteur est toutefois d'avis qu'aucune de ces personnes n'a de légitimité suffisante pour se voir accorder la titularité de l'œuvre¹⁴⁷, et ne partage donc pas la position de G. Dworkin et R. D. Taylor selon laquelle la titularité des droits devraient revenir au producteur.

43. Domaine public – Ainsi selon R. M. Shoyama, il ne faut pas chercher à tout prix à accorder la titularité d'une telle œuvre à la personne qui aurait la « moins mauvaise » légitimité¹⁴⁸. De fait, si aucune candidature à la titularité ne s'avère satisfaisante, cet auteur propose de n'accorder la titularité des droits à personne, et, partant, de faire tomber l'œuvre générée par ordinateur dans le domaine public¹⁴⁹. Cette vision est également partagée par M. Perry et T. Margoni, qui soutiennent que cette solution est préférable sur le plan économique, scientifique et culturel¹⁵⁰.

Conclusion

44. Synthèse – Il résulte de l'examen qui précède que le critère d'originalité n'est pas défini d'une manière uniforme dans l'ensemble des pays concernés, et que, par conséquent, la question de la possible protection par le droit d'auteur des œuvres générées par machine n'est pas non plus résolue d'une manière uniforme.

Ainsi, si aux États-Unis il semble clair que les œuvres de ce type ne seront pas protégées, faute d'intervention créative d'un auteur humain, cette solution n'est que partiellement reprise en droit australien. La solution états-unienne y est certes adoptée pour les œuvres entrant dans le champ d'application de la Partie III du Copyright Act australien, mais en revanche, les œuvres générées par ordinateur entrant dans le champ d'application de la Partie IV de cette législation, par exemple un film généré entièrement par ordinateur, seront, pour leur part, protégeables par un droit d'auteur restreint. Tout autant sinon plus encore qu'en Australie, l'insécurité juridique règne au Canada où l'interprétation que la Cour suprême donne à la condition d'originalité ne permet pas d'affirmer avec

¹⁴⁵ Par exemple le producteur dans le cas d'enregistrements sonores.

¹⁴⁶ R. M. SHOYAMA, « Intelligent Agents : Authors, Makers, and Owners of Computer-Generated Works in Canadian Copyright Law », *op. cit.*, p. 135.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ R. M. SHOYAMA, « Intelligent Agents : Authors, Makers, and Owners of Computer-Generated Works in Canadian Copyright Law », *op. cit.*, p. 136.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ M. PERRY et T. MARGONI, « From music tracks to Google maps », *op. cit.*, pp. 627-628.

certitude que les œuvres générées par machine sont, ou non, protégeables par le droit d'auteur. Enfin, à l'autre extrémité du spectre, le Royaume-Uni, l'Afrique du Sud, Hong Kong, l'Inde, l'Irlande et la Nouvelle Zélande ont adopté des dispositions législatives octroyant, par le biais d'une fiction juridique, aux œuvres générées par ordinateur la protection par le droit d'auteur dans le chef de la personne ayant entrepris les « arrangements nécessaires » pour que l'ordinateur puisse créer l'œuvre.

Pour les pays dans lesquels une telle protection est (potentiellement) reconnue, se pose alors la question de la titularité des droits d'auteur car, par hypothèse, l'ordinateur ne peut lui-même être titulaire de ces droits, faute de personnalité juridique.

Bien que cette question semble résolue dans le CDPA et les législations analogues puisqu'il est explicitement indiqué que l'auteur de l'œuvre sera présumé être la personne ayant entrepris les « arrangements nécessaires » pour que l'ordinateur puisse créer l'œuvre, en pratique, il sera souvent complexe d'identifier concrètement qui est cette personne. La question se pose de savoir si ce droit doit être conféré au concepteur de l'ordinateur, au programmeur, ou à l'utilisateur, et si le résultat correspond à une œuvre collective. Une analyse au cas par cas s'avèrera vraisemblablement nécessaire.

Par ailleurs, si aucune candidature à la titularité ne s'avère satisfaisante, il est permis de se demander s'il ne serait pas préférable de faire tomber l'œuvre générée par machine dans le domaine public, plutôt que de chercher à tout prix à en accorder la titularité à la personne ayant la « moins mauvaise » légitimité.

On le voit, le droit comparé offre plusieurs pistes de réflexions aux instances communautaires.

CHAPITRE 3. La loi applicable aux œuvres générées par la machine

SECTION 1. – Diversité des solutions et territorialité du droit d'auteur

45. L'analyse de droit comparé proposée à la section précédente témoigne de la diversité des approches retenues pour déterminer si une création est éligible à la protection du droit d'auteur, d'une part, et de l'incertitude existant, d'autre part, quant à l'identification du titulaire originaire des droits.

Cette mosaïque de solutions juridiques est une conséquence directe du principe de territorialité, qui caractérise le droit d'auteur¹⁵¹. Ce principe, qui découle de celui de la souveraineté des états, veut qu'à défaut d'harmonisation internationale, chaque entité étatique fixe librement le régime de protection du droit d'auteur en vigueur sur son territoire : à ce titre, chaque législateur dispose notamment de la faculté de déterminer ce qu'est une œuvre, les conditions et la durée de sa protection, d'identifier son titulaire, ainsi que de fixer les prérogatives de ce dernier et leurs limitations¹⁵². Les disparités constatées entre les différentes législations en matière de droit d'auteur, et l'impact qu'elles peuvent avoir sur la protection des créations résultant de l'usage de technologies d'intelligence artificielle, sont une conséquence directe du principe de territorialité.

À l'évidence, la diversité des solutions constitue un véritable nœud par rapport aux œuvres robotiques. Certes, en droit d'auteur, il est classique d'effectuer l'exercice consistant à déterminer la loi applicable dans un contexte international. Mais l'exercice prend ici une allure impressionnante car, selon la loi applicable, le résultat pourrait être pour le moins contrasté, alors que les enjeux liés à la production robotique sont planétaires sur le plan géographique, et qu'ils sont incommensurables sur le plan économique.

Venons-en donc aux fondamentaux de cet exercice. Il s'agit de rattacher chaque situation à un territoire déterminé afin de la traiter d'une manière conforme à la législation applicable sur ce territoire. Ceci implique que soient analysées les règles de conflit de lois permettant de désigner la loi applicable à la protection d'une œuvre et à l'identification de son auteur.

SECTION 2. – Présentation des principales règles de conflits de lois et controverses

46. Longtemps ignorée, la problématique des conflits de lois a connu un regain d'intérêt, au cours des dernières décennies, en raison de l'avènement des satellites, puis du phénomène d'internet¹⁵³. Ces technologies favorisent la circulation des œuvres et, par voie de conséquence, leur exploitation au niveau international. Elles ont par conséquent amené les praticiens du droit d'auteur à se pencher sur les questions de compétence

¹⁵¹ C.J.U.E., 14 juillet 2005, *Lagardère Active Broadcast*, C-192/04, § 46.

¹⁵² B. VANBRABANT et P. WAUTELET, « Territorialité et droit international privé », in X., *20 ans de nouveau droit d'auteur*, Limal, Anthémis, 2015, p. 363.

¹⁵³ A. LUCAS, « Droit international privé et droit d'auteur », *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, 2010, vol. 22, n° 3, p. 763.

juridictionnelle et de conflit de lois. Notre analyse ne traitera que de ce dernier aspect.

Sous réserve de quelques propositions restées isolées, en droit d'auteur, les deux principales règles de conflit de lois envisagées pour déterminer la loi applicable à une situation, sont en opposition directe. La première règle consiste à faire le choix de la loi du pays d'origine de l'œuvre (*lex loci originis*), celle-ci étant ensuite appelée à rayonner au-delà de ce pays d'origine. La deuxième règle retient l'application de la loi du pays pour lequel la protection du droit d'auteur est sollicitée ou dans lequel elle est appelée à produire ses effets¹⁵⁴ (*lex loci protectionis*). Ces deux principes s'opposent et peuvent conduire, en raison des divergences entre les législations qu'ils désignent, à des solutions juridiques très différentes.

La compétence de la *lex loci protectionis* est peu controversée lorsqu'il s'agit de déterminer la loi applicable aux actes d'exploitation d'une œuvre protégée. En revanche, les discussions abondent quand il faut déterminer la législation régissant les conditions d'éligibilité d'une œuvre à la protection et l'identification du titulaire originaire des droits. Certains commentateurs considèrent en effet que ces problématiques échappent à la *lex loci protectionis* et doivent être traitées selon la loi du pays d'origine des œuvres concernées. On soulignera que les partisans de cette alternative sont eux-mêmes divisés, certains considérant que seule la question de la titularité des droits doit être soumise à la *lex loci originis*¹⁵⁵.

SECTION 3. – Sources des règles de conflits de lois

47. Les règles permettant de résoudre les conflits de lois, en droit d'auteur, sont définies au niveau international, ainsi qu'à l'échelon européen et sur le plan national.

Au niveau international, c'est la Convention de Berne qui a vocation à donner un cadre minimal d'harmonisation au droit d'auteur. Au-delà des règles matérielles qu'elle contient, son article 5, § 2, est interprété par nombre d'auteurs comme une règle de droit international privé¹⁵⁶.

¹⁵⁴ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 632.

¹⁵⁵ P. GOLDSTEIN et B. HUGENHOLTZ, *International copyright*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 133-139.

¹⁵⁶ Sur cette question, voy. B. DOCQUIR, « Le titulaire du droit d'auteur. Etude de conflits de lois », *Ing.-cons.*, 2003, p. 409 ; A. CRUQUENAIRE, « La loi applicable au droit d'auteur : état de la question et perspectives », *A&M*, 2000, p. 211 ; H. HAQUIDE, « Droit d'auteur et droit international privé en Belgique », *R.I.D.A.*, 2006, p. 133 ; S. RICKETSON et J. GINSBURG,

Il prévoit qu'« en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée ». Cette disposition renvoie à l'application de la *lex loci protectionis*.

Le choix de la *lex loci protectionis* est également posé, au niveau européen, par l'article 8, § 1, du Règlement Rome II, qui prévoit que « la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée ».

Enfin, en droit belge, l'article 93, alinéa 1^{er}, du Code de droit international privé, désigne aussi la *lex loci protectionis*. Il dispose que « les droits de propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'État pour le territoire duquel la protection de la propriété est demandée ».

Ces deux derniers instruments normatifs ne peuvent toutefois être invoqués que de manière subsidiaire, lorsque la Convention de Berne ne trouve pas à s'appliquer. Au vu du nombre d'états signataires de ce traité international – 174 pays en 2017 – cette hypothèse s'avère relativement rare. Ainsi, à l'instar de la Belgique et des autres États européens, les pays dont la législation a été examinée à la section précédente sont tous parties contractantes à la Convention de Berne. Notre contribution se concentrera par conséquent sur l'analyse de son article 5, § 2, vu comme une règle de conflit de lois.

SECTION 4. – Portée de l'article 5, § 2, de la Convention de Berne

48. L'interprétation de l'article 5, § 2, de la Convention de Berne, fait l'objet de controverses doctrinales et jurisprudentielles importantes. Si peu contestent que cette règle permet de désigner la législation applicable pour déterminer les prérogatives conférées en vertu du droit d'auteur, et la réparation des atteintes à celles-ci, la capacité de ce texte à identifier la loi régissant les conditions de protection du droit d'auteur et celle désignant

International copyright and neighbouring rights. The Berne Convention and Beyond, 2^e éd., vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 1298 et 1299 ; T. AZZI, « La loi applicable à la titularité initiale des droits de propriété littéraire et artistique (droit d'auteur et droits voisins) », *D.*, 2013, n° 29, p. 2007 ; B. VANBRABANT et P. WAUTELET, « Territorialité et droit international privé », *op. cit.*, p. 358. En sens contraire, voy. M. VAN EECCHOUD, *Choice of law in copyright and related rights*, Kluwer Law International, 2003, pp. 95 et s.

le titulaire originaire des droits, fait débat. Certains considèrent que ces problématiques doivent être traitées exclusivement en vertu de la législation en application dans le pays d'origine de l'œuvre, de sorte que la circulation ultérieure de cette œuvre ne puisse remettre en question les certitudes acquises, dans ce premier état, par la personne se revendiquant titulaire originaire du droit d'auteur.

Or, c'est précisément au sujet de ces deux thématiques que notre chapitre consacré au droit comparé a mis en évidence de profondes divergences au niveau international. Le choix à opérer entre la *lex loci originis* et la *lex loci protectionis* s'avère donc crucial pour identifier le régime de protection applicable aux œuvres créées par voie d'intelligence artificielle.

SECTION 5. – Choix de la *lex loci originis*

49. Le choix de la *lex loci originis* résulte d'une interprétation stricte de l'article 5, § 2, de la Convention de Berne, dont la formulation évoque uniquement « l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur »¹⁵⁷. Certains auteurs suggèrent, en conséquence, de cantonner l'application de la *lex loci protectionis* à ces questions, et de soumettre la question de la titularité du droit d'auteur, et le cas échéant de son existence, à la loi du pays d'origine.

Les partisans de cette solution considèrent que celle-ci présente l'avantage d'assurer un traitement uniforme de ces problématiques sur le plan international¹⁵⁸. Ils soulignent qu'à défaut d'opter pour le choix de la loi du pays d'origine, la protection de la création par le droit de la propriété intellectuelle, et l'identification de son auteur, pourraient varier à chaque fois que celle-ci traverse une frontière¹⁵⁹. À cet égard, il est incontestable qu'à défaut d'une harmonisation de ces questions, le rattachement à une législation unique permet de favoriser les personnes désirant exploiter la création au niveau international, en leur garantissant un seul et même régime applicable, quel que soit l'endroit où la protection du droit d'auteur est ultérieurement revendiquée. Cela procure une meilleure

¹⁵⁷ M. VAN EECCHOUD, *Choice of law in copyright and related rights*, *op. cit.*, p. 122 ; T. AZZI, « La loi applicable à la titularité initiale des droits de propriété littéraire et artistique (droit d'auteur et droits voisins) », *op. cit.*, p. 2007 ; P. GOLDSTEIN et B. HUGENHOLTZ, *International copyright*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 135 ; S. RICKETSON et J. GINSBURG, *International copyright and neighbouring rights. The Berne Convention and Beyond*, 2^e éd., vol. II, *op. cit.*, p. 1299 et p. 1315.

¹⁵⁸ P. GOLDSTEIN et B. HUGENHOLTZ, *International copyright*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 136.

¹⁵⁹ S. RICKETSON et J. GINSBURG, *International copyright and neighbouring rights. The Berne Convention and Beyond*, 2^e éd., vol. II, *op. cit.*, p. 1320.

prévisibilité, dans une perspective contractuelle, et une plus grande sécurité juridique¹⁶⁰. Le choix de la *lex loci originis* est donc susceptible de favoriser la circulation des créations et la conclusion de contrats internationaux, en assurant l'application d'une loi unique¹⁶¹ permettant d'apprécier, de manière globale, si l'œuvre est protégée, et d'en déterminer le titulaire originaire des droits.

Cependant, la *lex loci originis* reçoit certaines critiques. Ses détracteurs mettent tout d'abord en évidence la précarité du concept de « pays d'origine », au sens de la Convention de Berne¹⁶². Celle-ci définit en effet le pays d'origine, en son article 5, § 4, comme le pays où l'œuvre a été publiée pour la première fois ou, lorsque l'œuvre n'a pas fait l'objet d'une publication, comme le pays dont son auteur est ressortissant. Ceci renvoie à l'article 3, § 3, de la Convention qui stipule que par « œuvres publiées », il faut entendre « les œuvres éditées avec le consentement de leurs auteurs ». Il en résulte, selon certains, que le concept de pays d'origine ne s'appliquerait qu'aux œuvres ayant fait l'objet d'une publication éditoriale, et n'inclurait pas les œuvres dont la première divulgation résulte d'une mise à disposition sur internet¹⁶³. En outre, l'identification du pays d'origine est également source de difficulté lorsque l'œuvre est divulguée simultanément dans plusieurs pays¹⁶⁴, comme c'est le cas des œuvres destinées à être mises en ligne. Enfin, l'alternative prévue par le texte de la Convention de Berne, à défaut de « publication » de l'œuvre, qui consiste à appliquer la loi du pays dont l'auteur est le ressortissant, conduit à de nouveaux problèmes. En effet, dans l'hypothèse des œuvres créées par des techniques d'intelligence artificielle, la question de l'identification de l'auteur est précisément un des points controversés.

Le choix de la *lex loci originis* est également critiqué parce qu'il est propice au développement de pratiques de forum shopping. Ainsi, dans le cadre spécifique de la présente étude, cette solution pourrait conduire certaines entreprises exploitant des applications d'intelligence artificielle à

¹⁶⁰ A. CRUQUENAIRE, « La loi applicable au droit d'auteur : état de la question et perspectives », *op. cit.*, p. 215 ; D. MOURA VICENTE, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, Académie de Droit International de La Haye, 2009, p. 242 ; B. VAN AESBROECK et M. COCK, « La loi applicable, les aspects de droit international privé et la bande dessinée en Belgique », in *Bande dessinée et droit d'auteur* (E. CORNU dir.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 198.

¹⁶¹ E. TREPPOZ, « Le repli territorialiste de la Cour de cassation en droit d'auteur », *La semaine juridique*, 2013, n° 25, p. 1218.

¹⁶² A. CRUQUENAIRE, « La loi applicable au droit d'auteur : état de la question et perspectives », *op. cit.*, p. 215.

¹⁶³ Sur cette question, voy. A. de FRANQUEN, « L'arrêt Google contre Copiepresse et le choix de la loi applicable en matière d'atteinte au droit d'auteur », *R.D.T.I.*, 2011, n° 44, pp. 65-66.

¹⁶⁴ M. VAN ECHOUX, *Choice of law in copyright and related rights*, *op. cit.*, p. 74.

localiser leurs créations dans des états leur assurant la possibilité de revendiquer un droit exclusif sur celles-ci, d'une part, et leur reconnaissant la titularité de ce droit, d'autre part.

SECTION 6. – Choix de la *lex loci protectionis*

50. Une importante partie de la doctrine – et notamment la plupart des auteurs belges¹⁶⁵ – milite aujourd'hui pour que les questions relatives aux conditions de protection d'une œuvre et à la titularité originaire des droits soient soumises à la loi du pays pour lequel la protection du droit d'auteur est réclamée.

Cette thèse se fonde, tout d'abord, sur une lecture historique de la Convention de Berne, dont l'évolution, dans le courant du XX^e siècle, a favorisé l'émergence de la *lex loci protectionis*, au détriment de la *lex loci originis*¹⁶⁶. Cette dernière a été réservée à un nombre restreint d'hypothèses expressément envisagées dans le texte de la Convention¹⁶⁷.

Rejetant la recherche d'une solution universaliste, le choix de la *lex loci protectionis* s'inscrit dans la ligne du principe de territorialité qui caractérise le droit d'auteur¹⁶⁸ et conduit à une application distributive des régimes de droit d'auteur nationaux. L'application généralisée de la *lex loci protectionis* a pour avantage de soumettre l'ensemble des questions liées au droit d'auteur à une même loi¹⁶⁹, ce qui garantit une certaine cohérence dans l'application de la matière¹⁷⁰.

¹⁶⁵ Voy. not. F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, *op. cit.*, p. 634 ; B. DOCQUIR, « Le titulaire du droit d'auteur. Etude de conflits de lois », *op. cit.*, p. 428 ; A. CRUQUENAIRE, « La loi applicable au droit d'auteur : état de la question et perspectives », *op. cit.*, p. 216 ; H. HAQUIDE, « Droit d'auteur et droit international privé en Belgique », *op. cit.*, p. 135 ; B. VANBRABANT et P. WAUTELET, « Territorialité et droit international privé », *op. cit.*, p. 358.

¹⁶⁶ A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, pp. 1238-1239.

¹⁶⁷ Il s'agit des œuvres des arts appliqués (art. 2.7), du calcul de la durée de protection (art. 7) et du droit de suite (art. 14ter).

¹⁶⁸ A. LUCAS, « Droit international privé et droit d'auteur », *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, 2010, vol. 22, n° 3, p. 764 ; P. GOLDSTEIN et B. HUGENHOLTZ, *International copyright*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 131 ; B. VANBRABANT et P. WAUTELET, « Territorialité et droit international privé », *op. cit.*, pp. 358 et 367.

¹⁶⁹ E. TREPPOZ, « Le repli territorialiste de la Cour de cassation en droit d'auteur », *op. cit.*, p. 1217.

¹⁷⁰ T. AZZI, « La loi applicable à la titularité initiale des droits de propriété littéraire et artistique (droit d'auteur et droits voisins) », *op. cit.*, p. 2009.

Les adversaires de cette solution font remarquer que celle-ci fait varier l'existence d'une protection, et son bénéficiaire, en fonction des pays où l'œuvre est exploitée¹⁷¹. La sécurité juridique serait déforcée¹⁷², dès lors que la *lex loci protectionis* serait susceptible de mettre à mal les accords contractuels noués sur base de l'identification du titulaire initial des droits dans le pays d'origine de l'œuvre. Elle pourrait donner lieu à des situations asymétriques, dans lesquelles, pour une même création, le titulaire de droits, voire l'existence même d'une protection, diffèreraient d'un état à l'autre. Il en résulterait une charge considérable pour les personnes cherchant à exploiter la création sur plusieurs territoires¹⁷³ : elles seraient tenues de réaliser une analyse préalable, pays par pays, afin d'identifier le titulaire des droits dans chaque état, ce qui constituerait un frein à la circulation des œuvres concernées¹⁷⁴. Sans contester cet inconvénient, les partisans de la *lex loci protectionis* rétorquent qu'il s'agit d'une situation que l'on rencontre fréquemment dans d'autres matières, telles que le droit commercial ou le droit des médias, sans que ceci pose de véritable difficulté¹⁷⁵.

SECTION 7. – Position de la jurisprudence

51. La jurisprudence belge a rarement été appelée à prendre position dans ce débat. Dans un jugement du 10 janvier 1996, le tribunal de première instance de Gand a considéré que la Convention de Berne se limitait à définir les contours de la protection qu'un ressortissant d'un état contractant pouvait revendiquer dans un autre état, mais qu'elle ne déterminait pas l'identité du titulaire originaire des droits, et qu'en vertu des règles de droit international privé, cette question devait être appréhendée sous le prisme de la loi du pays où l'œuvre a été publiée pour la première fois¹⁷⁶.

¹⁷¹ B. VAN AESBROECK et M. COCK, « La loi applicable, les aspects de droit international privé et la bande dessinée en Belgique », *op. cit.*, p. 201.

¹⁷² M. VAN ECHOU, *Choice of law in copyright and related rights*, *op. cit.*, p. 179 ; T. AZZI, « La loi applicable à la titularité initiale des droits de propriété littéraire et artistique (droit d'auteur et droits voisins) », *op. cit.*, p. 2008.

¹⁷³ A. CRUQUENAIRE, « La loi applicable au droit d'auteur : état de la question et perspectives », *op. cit.*, p. 216.

¹⁷⁴ M. VAN ECHOU, *Choice of law in copyright and related rights*, *op. cit.*, p. 122 ; S. RICKETSON et J. GINSBURG, *International copyright and neighbouring rights. The Berne Convention and Beyond*, 2^e éd., vol. II, *op. cit.*, p. 1320 ; E. TREPOZ, « Le repli territorialiste de la Cour de cassation en droit d'auteur », *op. cit.*, p. 1218.

¹⁷⁵ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, *op. cit.*, p. 636.

¹⁷⁶ Gand, 10 janvier 1996, *R.D.C.*, 1997, p. 33.

La solution retenue dans ce jugement est restée isolée. La Cour d'appel de Bruxelles a considéré, au contraire, dans une décision du 8 octobre 2001, que la loi du pays de protection devait déterminer si l'œuvre était protégée ou non, ainsi que l'identité du titulaire originaire des droits¹⁷⁷. La Cour de cassation belge ne s'est, pour sa part, jamais prononcée sur cette question.

En France, la Cour de cassation a récemment tranché le débat en faveur de la loi du pays de protection. Dans trois arrêts prononcés le 10 avril 2013, elle a jugé « que la détermination du titulaire initial des droits d'auteur sur une œuvre de l'esprit est soumise à la règle de conflit de lois édictée par l'article 5-2 de la Convention de Berne, qui désigne la loi du pays où la protection est réclamée »¹⁷⁸. Cette décision est riche d'enseignements. Elle a pour effet, d'une part, de qualifier l'article 5, § 2, de la Convention de Berne en règle de conflit de lois et, d'autre part, d'opter pour une interprétation extensive de cette disposition. La doctrine enseigne que les juridictions allemandes optent également pour l'application généralisée de la *lex loci protectionis*¹⁷⁹. Il en va de même en Suisse¹⁸⁰.

Conclusion

52. Les controverses que suscite, dans la matière du droit d'auteur, le développement des créations par voie d'intelligence artificielle, trouvent un prolongement en droit international privé. En effet, à défaut d'harmonisation au niveau international des conditions de protection d'une œuvre et de la titularité initiale des droits, les différences d'approches que le droit comparé met en évidence risquent d'entrer en conflit dans l'hypothèse où la création serait exploitée sur plusieurs territoires.

Ceci ravive la controverse entre les deux principales règles de conflit de lois connues en droit d'auteur, que sont la *lex loci originis* et la *lex loci protectionis*. Il est extrêmement difficile de départager ces deux théories, chacune présentant des avantages et des inconvénients, et chaque argument avancé en faveur de l'une des deux règles pouvant se voir opposer certaines faiblesses.

¹⁷⁷ Bruxelles, 8 octobre 2001, *A&M*, 2002, p. 344.

¹⁷⁸ Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 10 avril 2013, n° 11-12.508 ; Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 10 avril 2013, n° 11-12.509 ; Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 10 avril 2013, n° 11-12.510.

¹⁷⁹ M. VAN ECHOU, *Choice of law in copyright and related rights*, *op. cit.*, pp. 123-124 ; A. LUCAS, « Droit international privé et droit d'auteur », *op. cit.*, p. 772.

¹⁸⁰ E. TREPOZ, « Le repli territorialiste de la Cour de cassation en droit d'auteur », *op. cit.*, p. 1217.

Dans la ligne de la jurisprudence européenne, notre préférence va à une application généralisée de la *lex loci protectionis*, couvrant également les questions d'existence du droit d'auteur et d'identification du titulaire originaire des droits. Bien que nous reconnaissons certaines faiblesses à cette solution, principalement en termes de prévisibilité contractuelle, il nous paraît préférable de garantir le principe de territorialité du droit d'auteur, plutôt que de chercher à donner une portée universaliste à un régime de protection dont l'équilibre pourrait s'avérer discutable ou trop favorable aux intérêts de certains acteurs, et ainsi encourager le développement de situations de *forum shopping*.

Notre conclusion, qui soutient le choix de la *lex loci protectionis*, doit nourrir une réflexion plus générale en faveur d'une meilleure harmonisation, au plan international, des thématiques étudiées dans le présent article. Ceci permettrait de réduire le déficit de prévisibilité et l'insécurité juridique qu'implique la *lex loci protectionis*, sans reproduire les inconvénients de la *lex loci originis*.

CHAPITRE 4. En marge du droit d'auteur, la piste du droit *sui generis* des fabricants de bases de données

SECTION 1. – Position de la question

53. Il est clair que la vision traditionnelle du droit d'auteur, largement dominée par l'anthropocentrisme¹⁸¹, est inévitablement de nature à susciter de nombreuses interrogations concernant les œuvres générées par la machine, en particulier sur le plan de l'originalité et sur celui de la titularité.

Dans un tel contexte, l'idée d'une protection par un droit de type industriel, plutôt que par un droit d'auteur, paraît tentante. Si la production de la machine est perçue comme trop peu compatible avec le droit d'auteur, il n'en reste pas moins qu'elle correspond à un produit de valeur et que ce produit est le fruit – à tout le moins indirect – d'une activité humaine à la fois intellectuelle et économique. Or, la propriété intellectuelle au sens large comprend des mécanismes de protection dans des situations de ce type. De tels mécanismes se retrouvent en particulier dans

¹⁸¹ Cf. *supra*, Chapitre 1.

la Directive 96/9 du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données (ci-après « la directive »)¹⁸².

Il est vrai que la pertinence de cette directive semble *a priori* discutable sinon douteuse, car les hypothèses envisagées ici concernent des œuvres et non des bases de données. Or ces notions ne se confondent pas, même si des chevauchements sont concevables¹⁸³.

Bien plus, jusqu'il y a peu, il paraissait acquis que dans la plupart des cas, les œuvres (par exemple des œuvres musicales ou des œuvres audiovisuelles) se trouvaient écartées du bénéfice du droit *sui generis* accordé aux bases de données, dans la mesure où elles ne consistaient pas dans des recueils d'éléments indépendants les uns des autres, en manière telle qu'elles ne constituaient pas des bases de données¹⁸⁴.

Toutefois, l'évolution de la jurisprudence récente de la Cour de justice instille des doutes à ce propos¹⁸⁵. Bien que la portée de cette jurisprudence soit encore incertaine, celle-ci pourrait, si elle se précise et se confirme, déboucher sur un élargissement de la notion de base de données¹⁸⁶. Dans le cadre de cette évolution, il n'est peut-être plus à exclure qu'à l'avenir, les œuvres soient susceptibles d'être appréhendées comme des recueils de données indépendantes (et donc comme des bases de données), à tout le moins dans certains cas et sous certaines conditions.

Il y a surtout une autre raison, moins marginale que celle qui précède, pour attirer l'attention sur la directive relative aux bases de données. Elle tient au fait que cet instrument pourrait le cas échéant servir de modèle au législateur communautaire dans l'hypothèse où celui-ci envisagerait d'adopter une législation *ad hoc* en vue de protéger les œuvres générées par la machine.

¹⁸² Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, J.O.C.E., n° L 77/20, 27 mars 1996.

¹⁸³ Il y a notamment le cas où une base de données présente une structure originale, et où, de ce fait, elle constitue elle-même une œuvre. Mais c'est loin d'être l'hypothèse la plus courante.

¹⁸⁴ Cf. *infra*, à propos du consid. 17 de la directive 96/9.

¹⁸⁵ Cf. C.J.U.E., 29 octobre 2015, *Esterbauer*, C-490/14. Voy. les commentaires *infra*, à propos de cette décision.

¹⁸⁶ Sur ce mouvement d'élargissement de la notion de base de données voy. not. B. MICHAUX, « La Cour de Justice favorise-t-elle l'appropriation des données par celui qui les a traitées ? », *A&M*, 2017, à paraître ; V.-L. BENABOU, « Une carte topographique est une base de données en raison de sa valeur informationnelle », *dispo. sur* <https://koala.lu/une-carte-topographique-est-une-base-de-donnees-en-raison-de-sa-valeur-informationnelle-HemurwNY> ; T. SINODINOU, « 20 years after the birth of the Database Directive, still mapping EU database law... », *dispo. sur* <http://kluwercopyrightblog.com/2015/12/15/20-years-after-the-birth-of-the-database-directive-still-mapping-eu-database-law/>

Il semble dès lors opportun d'examiner le régime de protection particulier prévu par cette directive, et de considérer les perspectives que celui-ci ouvrirait par rapport à la thématique étudiée.

SECTION 2. – La directive base de données : un régime aux contours flous

54. Afin de stimuler le développement d'un marché de l'information au sein du vieux continent, l'Union européenne a souhaité encourager la création de bases de données en reconnaissant à leurs fabricants une protection juridique en cas d'investissement substantiel dans la constitution ou l'enrichissement de celle-ci¹⁸⁷. À cela s'ajoutait la volonté d'harmoniser le cadre juridique applicable aux bases de données, dans la mesure où certains États leur reconnaissaient déjà une protection et que, vu la diversité des systèmes, il s'agissait dès lors d'éviter « des effets négatifs sur le fonctionnement du marché intérieur »¹⁸⁸.

La directive entend donc accorder au fabricant d'une base de données le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu de celle-ci¹⁸⁹.

Pour pouvoir bénéficier de cette protection, il est nécessaire que l'on ait affaire à une véritable base de données (§ 1), et que celle-ci soit le résultat d'un investissement effectué dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu (§ 2)¹⁹⁰. Il faut par ailleurs noter que cette protection ne bénéficie qu'aux fabricants européens de bases de données (§ 3)¹⁹¹.

§ 1. La notion de base de données

55. La directive définit une base de données comme « un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de

¹⁸⁷ Consid. 10 et 12 de la directive. Par la suite les considérants cités seront toujours ceux de la directive.

¹⁸⁸ Consid. 1 et 2.

¹⁸⁹ Art. 7 de la directive. Les articles cités seront toujours ceux de la directive. Sur la notion d'extraction substantielle voy. not. S. VON LEWINSKI, « Database Directive », in *European Copyright law: A Commentary* (M. WALTER and S. VON LEWINSKI ed.), Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 754 et s. ; E. DERCLAYE, « The database directive », in *European Copyright law: A Commentary* (I. STAMATOUDI and P. TORREMANNS ed.), Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 326 et s.

¹⁹⁰ Art. 7.

¹⁹¹ Art. 11.

manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou d'une autre manière »¹⁹².

Avant de commenter chacun des éléments composant cette définition, il faut rappeler que dans plusieurs de ses arrêts¹⁹³, la Cour de justice souligne qu'elle entend donner à la notion de base de données une interprétation large¹⁹⁴ en se fondant sur les objectifs poursuivis par le législateur européen. Elle précise en ce sens qu'elle apprécie cette notion de manière fonctionnelle¹⁹⁵, indépendamment de la forme que prend la base de données.

Un recueil – Le terme « recueil » fait référence à plusieurs éléments regroupés au même endroit afin de former un tout cohérent¹⁹⁶. Ces éléments peuvent venir d'une source unique (qui peut être le fabricant de la base de données lui-même¹⁹⁷) ou de plusieurs sources différentes¹⁹⁸. Il n'est pas exigé que le nombre d'éléments soit important¹⁹⁹. Dès lors, une base de données composée de seulement quelques éléments pourrait être protégée pour autant qu'elle ait nécessité un investissement substantiel.

Des éléments – La nature des éléments composant la base importe pour autant que chaque élément soit indépendant des autres. La base de données peut aussi bien être constituée d'œuvres, de données, que de n'importe quel autre élément.

Des éléments indépendants – La notion d'éléments « indépendants » pourrait bien être devenue un véritable casse-tête depuis l'arrêt *Esterbauer*²⁰⁰. À cela s'ajoute que la notion d'« élément » ou de « donnée » elle-même n'est pas aisée à cerner.

À ce propos, la Cour a encore complexifié la discussion à l'occasion de l'affaire *Fixtures Marketing* qui portait sur un calendrier de matchs de

¹⁹² Art. 1, § 2.

¹⁹³ C.J.U.E., 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing*, C-444/02, pts 20 et 21 (ci-après C.J.U.E., *Fixture Marketing*) ; C.J.U.E., 15 janvier 2015, *Ryanair*, C-30/14, pt 33 ; C.J.U.E., 29 octobre 2015, *Esterbauer*, pt 12.

¹⁹⁴ Sur la tendance qu'a la C.J.U.E. d'étendre de la notion de base de données voy. note *supra*, 183.

¹⁹⁵ C.J.U.E., *Esterbauer*, pt 16. La Cour fonde notamment cette interprétation sur l'article 1, § 1, de la directive.

¹⁹⁶ S. VON LEWINSKI, « Database Directive », *op. cit.*, p. 692.

¹⁹⁷ Sur ce point précis et les problèmes que cela peut poser voy. les références de S. VON LEWINSKI, « Database Directive », *op. cit.*, p. 692, note 31.

¹⁹⁸ C.J.U.E., *Fixtures Marketing*, pt 25.

¹⁹⁹ *Ibid.*, pt 24. La Cour rappelle que n'a pas été repris dans le texte final l'amendement du Parlement tendant à limiter la notion de base de données au recueil « d'un nombre important » de données.

²⁰⁰ Qui pousse encore un peu plus loin la tendance initiée par la Cour dans son arrêt *Fixtures Marketing* voy. note 186 ; Pour une critique de l'arrêt, voy. S. DUSOLLIER, C. KER et F. DELNOOZ, « Les droits intellectuels (novembre 2014-octobre 2015) », *J.D.E.*, 2016, p. 21.

football²⁰¹. Plus précisément, celle-ci a considéré qu'une donnée (les informations sur un match de football) peut elle-même être composée de plusieurs données (l'heure, la date, les équipes en compétition) qui forment ensemble un tout, avec pour chacune d'entre elles une valeur informative propre et indépendante.

Dans ce contexte, la question pouvait se poser de savoir si une œuvre – telle une œuvre audiovisuelle, une œuvre musicale, ou une œuvre littéraire – pourrait, à l'instar d'un calendrier de football, être considérée comme un tout dont les éléments sont indépendants. Prenant appui sur le considérant 17 de la directive, l'arrêt *Fixtures Marketing* répond par la négative. Il observe en effet que les éléments de l'œuvre ne seraient indépendants que s'ils étaient séparables les uns des autres sans que la valeur de leur contenu informatif, littéraire, artistique, musical ou autre s'en trouve affectée²⁰².

La solution ainsi énoncée sera confirmée dans l'affaire *Esterbauer*²⁰³. La cause semblait donc entendue, au sens où les œuvres se voyaient définitivement écartées. Toutefois, les choses se sont compliquées, car la suite de l'arrêt *Esterbauer* sème le trouble. La Cour y jette un éclairage particulier sur les situations où il faudrait considérer que, après avoir été séparés les uns des autres, les éléments revêtent une valeur de contenu qui n'est pas affectée.

La Cour estime en effet qu'un élément est « indépendant » si celui-ci, une fois isolé des autres, « conserve une valeur autonome », même si cette valeur est moindre que la valeur informative qu'elle aurait/avait au sein de sa base de données d'origine²⁰⁴.

Certains auteurs²⁰⁵ estiment que la Cour aurait commis une erreur d'interprétation. Ils semblent suggérer qu'un élément n'est indépendant que s'il ne perd aucune valeur informative une fois isolé. À cet égard, il faudrait distinguer, par exemple, un annuaire téléphonique et une œuvre littéraire. La différence entre un annuaire (composé de numéros de téléphone) et un ouvrage littéraire (composé de chapitres) réside dans le fait qu'il n'y a aucune perte d'information si on isole un numéro de téléphone

²⁰¹ C.J.U.E., 1^{er} mars 2012, *Football Dataco*, C-604/10, pt 26 ; Idée déjà présente dans C.J.U.E., *Fixtures Marketing*, pt 35.

²⁰² C.J.U.E., *Fixtures Marketing*, pt 29 faisant référence au consid. 17.

²⁰³ C.J.U.E., *Esterbauer*, pt 17.

²⁰⁴ C.J.U.E., *Fixtures Marketing*, pt 33 ; C.J.U.E., *Football Dataco*, pt 26 ; C.J.U.E., *Esterbauer*, pt 24.

²⁰⁵ Voy. S. DUSOLLIER, C. KER et F. DELNOOZ, « Les droits intellectuels (novembre 2014-octobre 2015) », *op. cit.*, p. 21.

des autres, alors que le chapitre lui subira une perte de valeur (au moins partielle) s'il est isolé des autres chapitres.

Quoi qu'on pense de la position de la Cour, si l'on suit celle-ci dans son raisonnement, c'est-à-dire si l'on admet la possibilité d'une certaine perte de valeur après séparation – sans que, pour autant, les éléments perdent leur indépendance – la question est alors de savoir jusqu'à quel point une telle perte de valeur informative est acceptable, sans que cela n'influence le caractère indépendant de la donnée. Ou pour poser la question autrement, quelle valeur informative minimale²⁰⁶ une donnée doit-elle conserver pour être encore considérée comme un « élément indépendant » ?

Cette question est délicate car pour ainsi dire toute donnée a nécessairement une valeur informative²⁰⁷, ne fût-ce que potentiellement. Finalement, ne pourrait-on dès lors pas craindre de voir jaillir de toutes parts des éléments indépendants là où habituellement on ne voyait que des éléments inopérants ?

La Cour ne donne pas d'éclaircissement sur ce fameux seuil minimum, cette « valeur informative suffisante », et laisse ce périlleux exercice aux juridictions nationales, avec le risque de voir naître des appréciations différentes en fonction des sensibilités de chacun, et donc des niveaux de protection différents au sein même du marché intérieur.

Elle précise néanmoins de quel point de vue cette valeur informative doit être appréciée. Elle opte pour le point de vue du « tiers intéressé par l'élément extrait ». Cela revient à dire deux choses. D'abord, il faut apprécier cette valeur informative au moment de l'extraction et non de la constitution. Ensuite, il faut apprécier la valeur informative d'un élément en fonction de ce que compte en faire la personne ayant extrait cet élément, et non en fonction de la finalité initiale de la base de données. Si les raisons de la Cour²⁰⁸ (nous ne les commenterons pas davantage) peuvent se comprendre, les effets sont quand même impressionnants, car la solution revient à quasiment présumer une valeur informative autonome dans la mesure où le tiers n'aurait pas extrait cet élément si celui-ci ne l'intéressait pas.

Disposés de manière systématique ou méthodique – Cette condition exige que le recueil soit organisé de manière systématique ou méthodique. Les éléments constitutifs doivent donc être arrangés de manière structurée et logique. *A contrario*, ces éléments ne peuvent pas être rangés de manière purement arbitraire ou hasardeuse.

²⁰⁶ La Cour utilise le terme « suffisant » dans son arrêt *Esterbauer*, pts 11 et 29.

²⁰⁷ Voy. à cet égard S. DUSOLLIER, C. KER et F. DELNOOZ, « Les droits intellectuels (novembre 2014-octobre 2015) », *op. cit.*, p. 21.

²⁰⁸ C.J.U.E., *Esterbauer*, pts 25 et s.

La Cour a précisé que cette organisation systématique ou méthodique ne doit pas nécessairement être physiquement visible²⁰⁹, pour autant que des moyens techniques²¹⁰ permettent de localiser et d'accéder facilement à n'importe quel élément constituant la base de données. Ces moyens techniques peuvent être, par exemple, un index, une table des matières, un plan, un mode de classement²¹¹ ou encore un moteur de recherche.

Individuellement accessibles par des moyens électroniques ou d'une autre manière – La dernière partie de la définition ne rajoute pas véritablement de condition supplémentaire²¹², dans la mesure où elle ne fait en réalité que reprendre les deux conditions précédentes. De fait, le terme « individuellement » fait référence à la notion d'« élément indépendant » et l'expression « accessibles par des moyens électroniques ou d'une autre manière » renvoie directement à la condition développée au paragraphe précédent.

Perspectives sur l'évolution de la notion – Comme nous avons pu le vérifier, la définition du concept de base de données est très ouverte et la Cour a généreusement utilisé cette ouverture en exploitant la notion dans ses moindres recoins, notamment par rapport à des objets plutôt inattendus à cet égard, comme des cartes topographiques²¹³. À l'occasion de son arrêt *Esterbauer*, la Cour a, nous semble-t-il, encore davantage ouvert le champ d'application de la directive, au point qu'aujourd'hui, il n'est pas certain que le droit *sui generis* serait nécessairement refusé à certaines œuvres générées par ordinateur.

§ 2. La condition de l'investissement substantiel

56. Toutes les bases de données ne sont pas protégées par le droit *sui generis*. Encore faut-il en effet qu'elles aient fait l'objet d'un investissement substantiel dans l'obtention, la vérification ou la présentation de leur contenu.

²⁰⁹ C.J.U.E., *Fixtures Marketing*, pt 30.

²¹⁰ À savoir, au sens du considérant 13, « des procédés électroniques, électromagnétiques ou électro-optiques ou d'autres procédés analogues ».

²¹¹ Exemples donnés par la Cour dans son arrêt *Fixtures Marketing*, pt 30.

²¹² Dans ce sens B. MICHAUX, « La Cour de Justice favorise-t-elle l'appropriation des données par celui qui les a traitées ? », *op. cit.*, pt 8 ; E. DERCLAYE, « The database directive », *op. cit.*, p. 305, § 9.06.

²¹³ Précisons que, dans son arrêt *Esterbauer*, la Cour n'a pas reconnu comme telle la carte comme base de données, mais a affirmé que cette carte pouvait être, en l'occurrence, composée d'éléments indépendants. Ce point étant la condition la plus difficile à remplir, en l'occurrence rien n'empêcherait donc de considérer une carte comme une base de données.

Forme de l'investissement – La Cour a précisé, dans un tir groupé d'arrêts rendus le même jour²¹⁴, que l'investissement pouvait notamment « consister dans la mise en œuvre de ressources ou de moyens humains, financiers ou techniques ».

Substantiel – La directive n'apporte pas de précision sur ce qu'il faut entendre par « investissement substantiel ». Le considérant 19²¹⁵ donne, certes, une indication sur le minimum d'investissement requis, mais cela reste assez vague et sujet à interprétation²¹⁶. La Cour n'a pas encore eu à se prononcer sur la question, mais il semblerait que les juridictions nationales s'accordent généralement pour considérer que le niveau d'investissement requis doit être élevé²¹⁷.

Quantitatif ou qualitatif – Le terme « quantitatif » fait référence à un effort quantifiable en argent ou en temps alors que le terme « qualitatif », à l'inverse, se rapporte à un effort non quantifiable, comme une dépense d'énergie ou un effort intellectuel²¹⁸.

Vérification – L'investissement dans la vérification du contenu de la base renvoie, sans surprise, aux ressources consacrées au contrôle de la véracité des informations contenues dans celle-ci, ce contrôle pouvant avoir lieu lors de la création de la base et/ou durant sa période d'utilisation²¹⁹.

Présentation – L'investissement dans la présentation du contenu quant à lui englobe l'ensemble des efforts consentis pour organiser le contenu de la base (notamment la structure même de la base) et pouvoir travailler efficacement avec les différents éléments qu'elle contient²²⁰. On pense par exemple à la mise en place d'une arborescence, d'un moteur de recherche, ou d'un thésaurus.

Obtention – Si les termes « vérification » et « présentation » n'ont pas posé de problème particulier, le terme « obtention » a, pour sa part,

²¹⁴ C.J.U.E., *Fixtures Marketing*, § 43 ; C.J.U.E., 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing*, C-338/02, pt 28 ; C.J.U.E., 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing*, C-46/02 ; C.J.U.E., 9 novembre 2004, *The British horseracing Board*, C-203/02, pt 76. Dans ces arrêts, la Cour fait notamment référence aux considérants 7, 39 et 40.

²¹⁵ Qui exclut du champ de la directive la compilation de plusieurs fixations d'exécutions musicales sur un CD vu le faible niveau d'investissement requis pour cela.

²¹⁶ E. DERCLAYE, « The database directive », *op. cit.*, p. 322, particulièrement les références citées à la note 49.

²¹⁷ Pour plus de détails sur les différentes interprétations faites au niveau national voy. E. DERCLAYE, « The database directive », *op. cit.*, p. 322, notes 50 et 51.

²¹⁸ C.J.U.E., *Fixtures Marketing*, pt 30.

²¹⁹ Consid. 55 ; C.J.U.E., *Fixtures Marketing*, C-338/02, pt 27 ; C.J.U.E., *The British horseracing Board*, pt 35.

²²⁰ C.J.U.E., *Fixtures Marketing*, C-338/02, pt 27.

nécessité davantage de développements de la part de la Cour dans ses arrêts de 2004²²¹.

La Cour a rappelé à cette occasion « que la notion d'investissement lié à l'obtention du contenu d'une base de données doit, [...], s'entendre comme désignant les moyens consacrés à la recherche d'éléments existants et à leur rassemblement dans ladite base, à l'exclusion des moyens mis en œuvre pour la création même d'éléments. Le but de la protection par le droit *sui generis* organisée par la directive est en effet de stimuler la mise en place de systèmes de stockage et de traitement d'informations existantes, et non la création d'éléments susceptibles d'être ultérieurement rassemblés dans une base de données »²²².

Si d'un point de vue théorique, la distinction opérée par la Cour paraît claire, en pratique, il demeure parfois difficile de faire « la distinction entre l'activité qui consiste à créer des données et celle qui consiste à rassembler des données préexistantes »²²³. Tel est notamment le cas quand il est question de données « découvertes », c'est-à-dire des données « préexistantes » dans la nature (température, génotype...) mais découvertes par quelqu'un et incorporées dans une base de données²²⁴.

Des questions persistent donc encore sur cette notion d'« investissement dans l'obtention des données ».

Résumé – Concernant cette condition de l'investissement substantiel, il règne, ici aussi, un certain flou qui permettrait de revendiquer un droit *sui generis* en étant inventif sur la manière d'allouer des ressources, sur la manière de répartir d'un point de vue comptable certaines tâches coûteuses ou en investissant démesurément dans la vérification et/ou la présentation de données créées²²⁵.

§ 3. Un fabricant de base de données « européen »

57. Fabricant – L'article 7 de la directive accorde le droit *sui generis* sur la base de données à son fabricant, à savoir « la personne qui prend

²²¹ Arrêts cités à la note 752. Pour un commentaire de ces arrêts voy. not. B. MICHAUX, *Droit des bases de données*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 135 et s. ; M. LEISTNER, « The protection of databases », in *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (E. DERCLAYE ed.), Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2009, pp. 435 et s. Pour une relecture de cet arrêt combinée avec la jurisprudence récente de la Cour voy. B. MICHAUX, « La Cour de Justice favorise-t-elle l'appropriation des données par celui qui les a traitées ? », *op. cit.*, A&M.

²²² C.J.U.E., *The British horseracing Board*, pt 31.

²²³ B. MICHAUX, *Droit des bases de données*, *op. cit.*, p. 145, § 177 et références citées.

²²⁴ *Ibid.*, §§ 178 et s. et références citées.

²²⁵ Sur ce point voy. not. B. MICHAUX, *Droit des bases de données*, *op. cit.*, p. 141, § 173.

l'initiative et assume le risque d'effectuer les investissements »²²⁶. Cette personne peut aussi bien être une personne physique que morale.

« **Européen** » – Cependant, l'article 11 de la directive n'accorde cette protection qu'au fabricant (personne physique) (étant) ressortissant d'un État membre ou ayant sa résidence habituelle dans l'un de ceux-ci, ou aux entreprises constituées en conformité avec la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal à l'intérieur de l'Union. Afin d'éviter les « sociétés boîtes aux lettres », si une société n'a que son siège statutaire sur le territoire de l'Union, ses opérations doivent avoir un lien réel et continu avec l'économie d'un État membre. Ces exigences pourraient susciter des interrogations vis-à-vis de certaines entreprises non européennes qui ont réalisé des montages complexes dans le but de pouvoir hisser le pavillon européen, quand cela leur est favorable.

Fabricant de pays tiers – Le Conseil européen a la possibilité de conclure des accords afin de reconnaître une protection à des bases de données fabriquées par des personnes venant d'un pays tiers²²⁷, mais actuellement aucun accord n'a encore été conclu, ce qui fait de l'Europe le seul territoire où les bases de données sont protégées via un corpus de règles spécifiques.

SECTION 3. – La protection *sui generis* peut-elle s'appliquer à des œuvres générées par ordinateur ?

58. Il n'est pas exclu que dans certains cas, l'arrêt *Esterbauer* ouvre des perspectives s'agissant de la question de savoir si l'on peut traiter les œuvres générées par ordinateur comme des « bases de données ». Bien sûr, il y a toujours le considérant 17 de la directive qui se montre *a priori* hostile à cette piste. Mais la manière dont la décision *Esterbauer* a défini la notion d'éléments indépendants permet de jeter un regard neuf.

Ainsi, il pourrait être argumenté, à partir d'*Esterbauer*, que les éléments qui constituent l'œuvre générée par la machine sont indépendants, car ils peuvent être séparément réutilisés par des tiers pour réaliser d'autres œuvres, en manière telle qu'ils revêtent une valeur autonome.

Il est vrai cependant que dans cette approche, les données utilisées par les tiers proviennent non seulement de l'œuvre, mais aussi, en amont,

²²⁶ Consid. 41.

²²⁷ Art. 11, § 3.

de la librairie²²⁸ qui a permis de réaliser cette œuvre. Or cette librairie constitue elle-même une base de données, ce qui réduit considérablement l'intérêt de déterminer si l'œuvre elle-même est une base de données.

59. Cela étant, à supposer même que l'œuvre générée par machine doive être considérée en tant que telle comme une base de données, les autres conditions restent à vérifier avant de conclure à l'application du droit *sui generis*.

Des discussions devraient notamment surgir sur le terrain de l'investissement substantiel requis. Ce n'est pas tant la réalité de l'investissement qui semble appeler des débats. À cet égard, il pourrait être soutenu dans de nombreux cas que l'investissement se situe au niveau de la conception de la machine et de l'algorithme²²⁹ qui la guide. Même s'il est indirect, il existe un lien indéniable entre cet investissement et les œuvres réalisées par la machine.

Cela étant, il faut encore examiner s'il ne peut être reproché à cet investissement de porter sur la création de données, plutôt que sur leur obtention, ce qui signifierait l'écartement de la protection *sui generis*. Plusieurs réflexions viennent à l'esprit à ce sujet.

D'abord, il faut relever qu'en amont de ce qui sera finalement généré par la machine, il y a des opérations d'obtention de données. Ce que la machine délivrera en définitive n'est que le résultat d'une sélection au sein d'un ensemble d'éléments qu'elle aura préalablement recueillis, à savoir l'ensemble des signes au sens large, permettant de réaliser des œuvres, tels que des mots, des sons, des images, ou des couleurs. Il y a donc au départ une sorte de librairie des signes. Cette librairie est elle-même potentiellement une base de données. Elle aura été réalisée grâce à l'obtention et à la présentation de données préexistantes²³⁰. L'algorithme joue un rôle dans cette obtention, de même que dans la présentation des signes.

Il faut ensuite s'intéresser à ce qui sera généré par la machine à partir de la librairie de signes. Il s'agit à tout le moins d'une partie du contenu de cette librairie. La question se pose de savoir si cette partie est substantielle, en manière telle qu'elle bénéficierait de la protection par le droit *sui generis*. Il n'est pas du tout certain que la réponse doive être affirmative.

²²⁸ Cf. *infra*.

²²⁹ Si l'algorithme en lui-même (une idée) ne peut être protégé, il l'est souvent indirectement s'il est implémenté dans un code exécutable (code source) via la protection accordée aux programmes d'ordinateur, ou via un brevet.

²³⁰ Les données obtenues ne sont pas préexistantes dans la nature. Ainsi, il peut s'agir de données existantes dans une photo, lesquelles sont décodées par l'algorithme. L'investissement substantiel est ici dans l'algorithme d'analyse de la photo (*obtention des données*) et ensuite dans le classement de données (*présentation des données*).

Mais l'on pourrait aussi voir les choses autrement, en considérant l'œuvre elle-même comme une base de données. Suivant ce prisme-ci, l'investissement substantiel requis doit directement porter sur la constitution de l'œuvre en tant que telle. On pourrait dire que cet investissement existe, et consiste dans la présentation (la disposition) des données. Cela étant, une telle argumentation fait resurgir l'objection tirée du considérant 17, car, dans ce contexte, l'investissement consacré à la disposition des données correspond à un investissement consistant dans la fixation d'une œuvre. Sauf à disqualifier l'œuvre, au motif qu'elle est générée par une machine et non par un être humain. Et à ajouter que la machine ne voit pas les choses comme un être humain. Là où celui-ci aperçoit le sens d'un tout (l'œuvre), la machine ne voit que des éléments isolés à traiter. La machine décompose, et elle recompose ; elle défait et elle refait ; mais elle ne compose ni ne fait. En définitive, l'objection tirée du considérant 17 est une objection qui n'aurait de sens que dans un environnement anthropocentrique, si bien qu'elle ne peut être opposée à la machine.

Conclusion

60. Au regard de ce qui précède, il est loin d'être acquis que le régime *sui generis* organisé par la directive sur les bases de données puisse être utilisé pour protéger les œuvres générées par la machine.

Toutefois, il existe manifestement des perspectives qui permettraient de défendre cette idée. Deux facteurs l'encouragent. L'arrêt *Esterbauer* tout d'abord, qui promeut une vision favorable à une fragmentation des ensembles sur le plan de la protection par le droit *sui generis*, et à une extension de la notion de base de données. La technologie ensuite, qui donne à comprendre que la machine n'appréhende pas les choses comme l'homme, en manière telle que ce qui est une œuvre pour l'un pourrait parfaitement être une base de données pour l'autre.

En tout état de cause, à défaut d'être directement applicable, le régime *sui generis* pourrait à tout le moins constituer une source d'inspiration dans le but de concevoir un nouveau régime *ad hoc* de protection, fondé sur l'investissement plutôt que sur l'originalité, à supposer qu'une telle option soit souhaitable.

CHAPITRE 5. Les productions immatérielles générées par machine et le contrat

SECTION 1. – Position de la question

61. Le recours au contrat – La perspective contractuelle s'impose comme une évidence dans le cadre de l'exploitation des droits intellectuels. En effet, le contrat constitue l'outil naturel de contrôle de ladite exploitation²³¹. Placer le contrat au centre serait toutefois pécher par une vision trop individualiste, alors que la propriété intellectuelle repose sur un équilibre entre différents intérêts sous-jacents.

La protection des productions robotiques par le contrat doit donc être envisagée différemment, en fonction de la position du contrat par rapport aux régimes légaux de protection des droits intellectuels.

62. Le postulat de notre réflexion et les hypothèses considérées – Le débat sur les relations entre contrat et régime légal de protection des droits intellectuels déborde largement le propos de notre étude. Aussi, dans le cadre de la présente, nous limiterons notre réflexion à la protection contractuelle des productions robotiques au-delà des régimes légaux²³².

Il convient alors de distinguer deux hypothèses : d'une part, la protection contractuelle de créations couvertes par des droits intellectuels au-delà des limites de protection des droits intellectuels (sous-section 2), et, d'autre part, la protection contractuelle des productions intellectuelles ne ressortissant pas au champ d'application des droits intellectuels (Sous-section 3).

Comme nous le verrons, cette distinction peut s'appuyer sur la lecture combinée de plusieurs décisions de la Cour de justice.

²³¹ Pour une réflexion similaire à propos de l'exploitation des droits de la personnalité, voy. ainsi N. MALLET-POUJOL, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.*, 1997, Chron., pp. 330 et s., spéc. n° 24.

²³² Cette section-ci élargit la réflexion au-delà du régime du droit d'auteur. Elle traite de différents types de productions immatérielles générées par la machine.

SECTION 2. – Les créations situées dans le champ des droits intellectuels

63. La protection contractuelle comme complément – Le contrat pourrait tout d'abord être utilisé afin de procurer une extension de protection des créations au-delà des limites des droits intellectuels. Le contrat pourrait ainsi permettre de réguler des exploitations qui excèdent le périmètre de celles qui sont réservées au créateur, ou de prolonger la durée de protection au-delà de la durée légale. Ce procédé pose naturellement la question des limites du recours au contrat.

64. Les limites à l'usage du contrat – Lorsque la création est couverte par le champ des droits intellectuels, l'outil contractuel ne peut toutefois être utilisé que dans le respect des régimes de droits intellectuels concernés.

Cela devrait conduire, par exemple, à prohiber l'extension contractuelle de la protection par rapport à des usages exclus de l'emprise des droits intellectuels par des dispositions de nature impérative contenues dans les régimes juridiques concernés²³³.

La Cour de justice semble avoir confirmé cette logique dans le cadre de l'affaire *UsedSoft*. Au-delà de l'extension du principe de l'épuisement aux copies dématérialisées du logiciel, sous certaines conditions, c'est la justification avancée par la Cour qui retient notre attention. Pour asseoir son raisonnement, la Cour a ainsi souligné que les termes contenus dans la licence d'utilisation d'Oracle ne peuvent avoir pour effet d'éluder l'application du mécanisme de l'épuisement communautaire du droit de distribution sur les copies de logiciels couvertes par ladite licence²³⁴. Ce faisant, la Cour confirme que le contrat ne peut s'affranchir des limites du droit intellectuel dont il régit l'exploitation. En l'occurrence, l'épuisement étant une construction d'origine jurisprudentielle²³⁵, l'on serait tenté de dire que cette conclusion devrait s'imposer *a fortiori* par rapport à des dispositions légales.

²³³ Voy., par exemple, l'article 15 de la directive sur les bases de données, qui stipule que les dispositions des articles 6, § 1^{er}, et 8 sont impératives, et ne peuvent donc être écartées ou limitées contractuellement. Soulignant la cohérence d'une telle articulation logique entre le contrat et le régime légal, cf. not. : M. LAMBRECHT, Note sous C.J.U.E., 15 janvier 2015, C-30/14, *A&M*, 2015/2, p. 181-183 ; A. HAZAN et A. DELAAGE, « Bases de données : la liberté contractuelle, remède à l'absence de protection légale », *Expertises*, juin 2015, p. 227.

²³⁴ C.J.U.E., 3 juillet 2012, C-128/11, aff. *UsedSoft*, pt 77.

²³⁵ À ce sujet, voy. F. de VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, n°s 104 et s.

La situation n'est toutefois pas aussi nette qu'il peut y paraître, car le régime juridique des droits intellectuels peut être équivoque quant à la place laissée à la liberté contractuelle, le caractère impératif de ses dispositions n'étant pas toujours affirmé d'une manière claire²³⁶. Ainsi, mentionnons à titre d'exemple le recours à des notions telles que celle de l'utilisateur légitime, pour conditionner, directement ou indirectement, la réservation à l'utilisateur de certains usages des créations qui peut élargir implicitement le champ d'action de l'instrument contractuel²³⁷.

Quoi qu'il en soit, le principe devrait être la conformité des extensions contractuelles aux limites intangibles fixées par le législateur, par le biais de règles impératives. Cette solution est confortée par l'exigence de caractère licite de l'objet du contrat²³⁸.

SECTION 3. – Les productions immatérielles situées hors du champ des droits intellectuels

65. Le contrat comme alternative – Le recours à l'outil contractuel afin de protéger des productions robotiques semble plus évident lorsque l'on se situe en marge des droits intellectuels, en dehors de leur champ de réservation. Ainsi, lorsque la création ne rencontre pas les standards de protection propres à la catégorie de créations concernée, ou encore lorsque la production immatérielle générée par le robot constitue une information brute. Dans ces hypothèses, le contrat semble constituer la réponse naturelle au besoin de protection.

66. Un contrat affranchi de toute limite ? – De notre point de vue, le recours au contrat par rapport à une création protégée par les droits intellectuels n'est concevable que dans les limites permises par le régime des droits intellectuels concernés.

²³⁶ À propos de l'ambiguïté de la Directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information concernant le caractère impératif des exceptions au droit d'auteur, voy. S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 500-503, nos 646 et s.

²³⁷ Sur cette problématique, voy. S. DUSOLLIER, « L'utilisation légitime de l'œuvre : un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions au droit d'auteur ? », C.C.E., novembre 2005, n° 38. À propos des exceptions au droit d'auteur et des mesures techniques, voy. S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, op. cit., n° 583 et s.

²³⁸ R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) : verbintenissen », T.P.R., 1994, p. 374 (indiquant que le contrat est nul en raison de l'illicéité de son objet, lorsque ce dernier est contraire à des dispositions impératives).

Lorsque la production n'est l'objet d'aucune protection reposant sur un régime légal préétabli, il semble logique de considérer que l'emprise potentielle du contrat ne peut être circonscrite par référence à un tel régime juridique, par définition inapplicable.

La Cour de justice s'est prononcée en ce sens, affirmant que les limites posées à la liberté contractuelle par la Directive 96/9 sur les bases de données ne peuvent être invoquées concernant une base de données qui ne bénéficierait pas de la protection du droit *sui generis*²³⁹. Puisque la base de données n'est pas dans le champ du droit *sui generis*, les dispositions impératives de la directive visant à préserver l'équilibre entre ce droit exclusif et les droits des utilisateurs n'ont pas à s'appliquer.

La logique semble, à première vue, imparable : en dehors du champ d'application d'une règle, nul besoin de s'y conformer²⁴⁰. Il nous semble toutefois que le raisonnement est vicié. Les régimes de droits intellectuels sont construits sur le fondement d'un équilibre délicat entre différents intérêts contradictoires²⁴¹. Cet équilibre sert notamment de base à la définition des contours du régime de protection. Il semble dès lors abusif de considérer que le fait d'être en dehors du champ de protection affranchirait l'usage du contrat de toute limite²⁴². En effet, c'est en raison de l'équilibre entre différents intérêts que le législateur détermine que certaines créations ou certains usages ne doivent pas être l'objet de droits exclusifs. Ce que l'on refuse, en dépit du contrôle judiciaire préalable, au droit de la concurrence déloyale au nom de l'effet réflexe des droits intellectuels²⁴³ ne devrait pas pouvoir être abandonné à l'individualisme contractuel.

²³⁹ C.J.U.E., 15 janvier 2015, C-30/14, aff. *Ryanair*, pts 35 à 40.

²⁴⁰ En ce sens, voy. : C. CASTETS-RENARD, « la liberté contractuelle et la réservation de l'information des bases de données non protégées devant la C.J.U.E. », *RLDI*, 2015, n° 3685 ; M. LAMBRECHT, Note sous C.J.U.E., 15 janvier 2015, C-30/14, A&M, 2015/2, pp. 181-183 ; A. HAZAN et A. DELAAGE, « Bases de données : la liberté contractuelle, remède à l'absence de protection légale », *Expertises*, juin 2015, p. 227.

²⁴¹ À ce sujet concernant le droit d'auteur, voy. spéc. A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright – Divergences et convergences*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1993, pp. 271 et s.

²⁴² En ce sens, voy. M. LAMBRECHT, Note sous C.J.U.E., 15 janvier 2015, C-30/14, A&M, 2015/2, pp. 181-183.

²⁴³ Théorie en vertu de laquelle une création exclue des limites des droits intellectuels ne peut trouver de protection alternative sous le paravent du droit de la concurrence déloyale. Seul le pillage systématique des efforts d'un concurrent, dûment constaté par le juge, pouvant donner lieu à sanction. À ce propos, voy. A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 237 et p. 241 (soulignant que « une pratique parasitaire ne constitue un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale que dans certains cas exceptionnels, lorsque le copieur se comporte comme une véritable sangsue, se nourrissant exclusivement ou principalement des forces vives (création, investissements, réputation...) d'un concurrent ou d'un autre opérateur du marché »).

67. Les limites inhérentes au contrat – Dans son arrêt *Ryanair*, la Cour de justice énonce d'une manière incidente que la liberté de principe de prévoir des restrictions contractuelles à l'usage des bases de données non protégées par le droit *sui generis* est « sans préjudice du droit national applicable »²⁴⁴.

Au-delà des critiques fondées sur la méconnaissance des équilibres sous-jacents aux droits intellectuels, une modération à l'exercice de la liberté contractuelle pourrait donc se fonder sur le droit des contrats lui-même. Parmi les conditions de validité du contrat, celles relatives à l'objet du contrat nous paraissent les plus susceptibles de jouer ce rôle.

68. L'objet du contrat – Ainsi, afin d'être valide, un contrat doit comporter un objet déterminé, possible et licite. S'agissant d'une convention délimitant les conditions d'usage d'une base de données qui ne serait pas protégée par des droits intellectuels, pourrait-on déduire de l'absence de protection légale que l'objet de l'autorisation (le droit d'usage) deviendrait inexistant ou illicite ?

La réponse nous semble devoir être négative.

Tout d'abord, l'exigence de détermination vise à ce que le contrat porte sur un engagement concret du débiteur²⁴⁵. À cet égard, il est indéniable que le fait de procurer un accès à une base de données demeure un engagement de portée concrète, de sorte que l'objet du contrat remplit l'exigence de déterminabilité malgré l'absence de base légale au contrôle exercé par le créateur ou son ayant-droit.

La condition de licéité permet d'annuler le contrat qui porterait sur un objet hors commerce, contraire à l'ordre public ou contraire à des dispositions impératives²⁴⁶. Peut-on considérer que les dispositions contractuelles qui définissent les contraintes applicables aux utilisateurs d'une base de données non protégées par le droit *sui generis* rendent l'objet du contrat illicite, sur la base du constat qu'elles vont au-delà des limites du régime de protection légal ? La réponse n'est pas évidente. D'une part, il y a la position de la Cour de justice²⁴⁷, mais, d'autre part, il y a la prise en compte de la *ratio legis* des dispositifs légaux de protection qui

²⁴⁴ C.J.U.E., 15 janvier 2015, C-30/14, aff. *Ryanair*, pts 44 et 45.

²⁴⁵ P.A. FORIERS, « L'objet », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1994, p. 68.

²⁴⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 109.

²⁴⁷ En faveur d'un caractère licite de l'objet.

devrait inciter à refuser un tel usage du contrat²⁴⁸. L'arbitrage de ce débat donne la furieuse impression d'un retour au point de départ de notre réflexion²⁴⁹.

Enfin, il est également intéressant d'envisager une possible caducité du contrat par disparition de son objet en cours d'exécution du contrat. En vertu de ce principe général du droit consacré par la jurisprudence de la Cour de cassation, la disparition physique ou juridique de l'objet entraîne la disparition, pour l'avenir, du contrat²⁵⁰. La circonstance qu'une base de données, faisant l'objet d'un contrat de licence d'utilisation, se revendique de la protection du droit *sui generis*, mais en soit finalement écartée²⁵¹ permet-elle de conclure à une disparition de l'objet du contrat ? La réponse nous semble devoir être négative, car l'objet conserve un contenu bien concret et susceptible de permettre l'exécution des obligations concernées (à savoir, donner accès à la base de données). Seul le fondement juridique de l'accès à la base de données devient plus incertain²⁵².

69. Les informations brutes – Enfin, sans entrer dans des controverses qui débordent notre propos, on observera que nos réflexions pourraient prendre une coloration un peu différente lorsque l'on envisage la situation de simples données brutes générées par un robot.

L'existence d'une propriété sur les données fait l'objet d'intenses discussions quant à ses fondements théoriques²⁵³. Au-delà de ce débat, notons que les tribunaux adoptent parfois des raisonnements qui avalisent, au moins implicitement, l'idée d'une forme de propriété sur les données, sans en dire le nom toutefois²⁵⁴.

²⁴⁸ En faveur d'un objet illicite.

²⁴⁹ On se pose de nouveau la question de savoir s'il est admissible d'ignorer les équilibres sous-jacents du seul fait que l'on examine la protection contractuelle d'une création située en dehors du champ des droits intellectuels.

²⁵⁰ Cass., 1^{re} ch., 14 octobre 2004, R.G. n° C.03.0454F. Voy. la note du professeur P.A. Foriers, qui avait développé cette théorie : « Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause », *R.C.J.B.*, 1987, pp. 74-113.

²⁵¹ Telle était l'hypothèse dans le litige opposant *Ryanair* à PR Aviation.

²⁵² Par quoi serait remplacé l'exercice, aménagé contractuellement, de prérogatives inhérentes à un droit intellectuel ?

²⁵³ À ce propos, cf. T. HOEREN, « Big data and the ownership in data : recent developments in Europe », *E.I.P.R.*, 2014, pp. 751 et s.

²⁵⁴ Voy. ainsi Cass. fr., 25 juin 2013, arrêt n° 685, pourvoi n° 12-17.037 (validant la nullité, pour objet illicite, d'une convention de vente d'un fichier de clientèle non-déclarée à la CNIL). Voy. aussi la loi luxembourgeoise modifiant le Code de commerce afin de permettre au client d'un prestataire failli de récupérer « ses » données (Projet de loi n° 6485 portant modification de l'article 567 du Code de commerce, Rapport de la Commission

Les questions d'équilibre entre les intérêts en présence ne sont pas absentes ici non plus, le droit du public à l'information ou la liberté d'expression étant souvent invoqués pour contester la légitimité d'une propriété sur les simples informations ou données. Ces interrogations fondamentales ne peuvent être balayées d'un revers de main, sous prétexte que, dans le contrat, « on envisagera le transfert ou la jouissance de l'objet sans avoir préalablement déterminé qui, au regard de la loi, devrait être considéré comme propriétaire »²⁵⁵. Le contrat et la conception individualiste du droit qu'il incarne doit être admis avec prudence lorsqu'il s'agit de s'immiscer au centre de délicats équilibres juridiques.

juridique, 10 avril 2013, Chambre des députés, session ordinaire 2012-2013, disponible sur le site web officiel de la Chambre des députés du Luxembourg, à l'adresse http://www.chd.lu/wps/PA_RoleEtendu/FTSByteServletImpl/?path=/export/exped/sexpdata/Mag/119/229/121288.pdf.

²⁵⁵ V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *A qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique*, Paris, Odile Jacob, 2015, p. 67 (à propos de la propriété des fichiers de données).